

AVVIKENDE TARIFFAVTALER

Om eventuelle rettslige begrensninger i arbeidsgivers adgang til å inngå konkurrerende og avvikende tariffavtaler, særlig om det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp

Kandidatnr: 103

Veileder: Professor Henning Jakhell

Leveringsfrist: 11.04.05

Til sammen 39.930 ord

07.04.2005

Forord

Da var siste hånd lagt på verket og tiden er inne til å takke alle som på ulike måter har bidratt med hjelp, støtte og inspirasjon.

Først vil jeg rette en stor takk til advokatfirmaet *Arntzen de Besche* som stilte kontor i arbeidsrettsavdelingen til min frie disposisjon. Foruten tilgang til bibliotek og alle ønskelige søkeverktøy, har jeg dratt stor nytte av den kompetanse og inspirasjon som finnes i et slikt fagmiljø. Valg av tema er FAFO-forsker dr.polit *Torgeir Aarvaag Stokkes* fortjeneste. Foruten å presentere meg for ufravikelighetsprinsippet har han også under skriveprosessen velvillig stilt seg til disposisjon pr. e-post og telefon. Videre fortjener veileder professor *Henning Jakhelln* takk for sin tålmodige og kyndige veiledning. Takk også til biveileder stipendiat *Helga Aune* som hjalp meg med kapittelet om likelønn. I forkant av selve skriveprosessen intervjuet jeg flere sentrale personer på både arbeidsgiver- og arbeidstakersiden om deres oppfattning og synspunkter på ufravikelighetsprinsippet. Intervjuene ble ikke gjennomført for å skaffe til veie empiriske data, men for bedre å kunne forstå det tema jeg skulle gi meg i kast med. De som velvillig stilte opp var advokat i Fagforbundet *Einar Stueland*, advokat i NAVO *Håkon Cordt-Hansen*, direktør for juridisk avdeling i NAVO *Rolv Økland*, forhandlingsleder i KS *Per Kristian Sundnes* og forhandlingssjef i Akademikerne *Odd Håker*.

En selvskreven takk går til *Knut Aarbakke* som på kjent vis har ledsaget meg i ukjent terreng. En stor takk går også til *alle andre* som har bidratt med korrekturlesning, innspill og diskusjon.

For den interesserte leser er det bakerst i besvarelsen inntatt et vedlegg. Der gis det en forenklet fremstilling av organisasjonsbildet og forhandlingsordningene i norsk arbeidsliv. Særlig for lesere uten særlige forkunnskaper om det kollektive arbeidsliv kan vedlegget forhåpentligvis være til nytte.

Til slutt en stor takk til Lisa som har holdt ut med meg, også nå under skriveprosessen...

Oslo, den 5. april 2005

”Aktörerna på arbetsmarknaden är till stor del fångna i strukturer och regelverk som skapades för länge sedan och som det inte är så lätt att ta sig ur”

Innholdsfortegnelse

<u>DEL I: INNLEDNING OG INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u>	<u>1</u>
<u>1 INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1 OPPGAVENS TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2 NÆRMERE OM ”AVVIKENDE OG KONKURRERENDE” TARIFFAVTALER	2
1.3 AVGRENSNING	3
1.4 RETTSKILDEBILDET	4
1.5 DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	5
<u>2 INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u>	<u>6</u>
2.1 INNLEDENDE BEMERKNINGER	6
2.2 ORGANISASJONSRETTE	6
2.2.1 MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONENES VERN AV ORGANISASJONSRETTE	7
2.2.1.1 EMK art. 11	7
2.2.1.2 SP art. 22 og ØSK art. 8	8
2.2.1.3 ESP art. 5 og 6	8
2.2.1.4 ILO-konvensjonene	9
2.2.2 VERNETS BETYDNING OG GJENNOMSLAGSKRAFT	10
2.3 EU-RETTEENS BETYDNING	12
<u>DEL II: UFRÁVIKELIGHETSPRINSIPPET</u>	<u>15</u>
<u>3 UFRÁVIKELIGHETSPRINSIPPET PÁ INDIVIDUELT NIVÁ</u>	<u>15</u>
3.1 INNLEDENDE BEMERKNINGER OM PARTSFORHOLD, BUNDETHET OG VIRKEOMRÁDE	15
3.2 TARIFFAVTALENS FORMÁL BEGRUNNER DENS UFRÁVIKELIGHETSVIRKNINGER	16
3.2.1 TARIFFAVTALENS FORMÁL	16
3.2.2 UFRÁVIKELIGHETSVIRKNINGER HVOR BÁDE ARBEIDSGIVER OG ARBEIDSTAKER ER BUNDET AV TARIFFAVTALEN	17

3.2.3	UFRAVIKELIGHETSVIRKNINGER HVOR KUN ARBEIDSGIVER ER BUNDET AV TARIFFAVTALEN	18
4	<u>UFRAVIKELIGHETSPRINSIPPET PÅ KOLLEKTIVT NIVÅ</u>	22
4.1	INNLEDNING, FRA INDIVIDUELT TIL KOLLEKTIVT NIVÅ	22
4.2	DEN TRADISJONELLE OPPFATNING	22
4.3	ANFØRT KRITIKK AV UFRAVIKELIGHETSPRINSIPPET	27
4.3.1	VURDERINGSTEMAETS SVAKHETER	27
4.3.2	RANGSPØRSMÅLET	27
4.3.3	MANGLENDE RETTSVIRKNINGER	28
4.3.4	FORHOLDET TIL DEN KOLLEKTIVE ORGANISASJONSRETT	28
4.4	EN FORELØPIG KRITIKK OG VEIEN VIDERE	31
5	<u>EN GJENNOMGANG OG ANALYSE AV ARBEIDSRETTENS PRAKSIS</u>	32
5.1	INNLEDENDE BEMERKNINGER	32
5.2	ARD-1936-127 "TØMMERKJØRERDOMMEN"	33
5.2.1	DOMMENS UTTALELSER OG PREMISER	33
5.2.2	DOMMENS FAKTISKE OG RETTSLIGE BAKGRUNN, EN HISTORISK EKSURS	36
5.2.2.1	Skogsarbeiderne organiserer seg	36
5.2.2.2	Skogeierne organiserer seg	37
5.2.2.3	Korporativisme og de "frie, gule forbund"	38
5.2.2.4	Kampen mellom Trysil frie faglige arbeiderlag og Skog og Land i 1930-årene	40
5.2.2.5	Var Trysil frie faglige arbeiderlag egentlig en fagforening?	41
5.2.2.6	Trysilvassdragets arbeidsgiverforenings seleksjonsadgang	44
5.2.3	SAMMENFATNING OG VEKTVURDERING	46
5.3	SENERE RETTSPRAKSIS	47
5.3.1	EN GENERELL VIDEREFØRING AV ARD-1936-127?	47
5.3.2	ULIK AVTALEFRIHET PÅ ARBEIDSGIVER- OG ARBEIDSTAKERSIDEN?	49
5.3.3	VIRKER UFRAVIKELIGHETEN BEGGE VEIER?	51
5.3.4	AVVIKETS KARAKTER I OMFANG OG TID	54
5.3.5	HVA MED KOLLEKTIVE BESTEMMELSER?	55
5.3.6	ABSOLUTT ELLER DEKLARATORISK NORM?	56
5.4	SAMMENFATNING OG VURDERING	58
6	<u>UFRAVIKELIGHET OG SOSIAL DUMPING</u>	60

6.1	PROBLEMSTILLING OG REELLE HENSYN	60
6.2	ARBEIDSGIVERS SELEKSJONSADGANG	61
6.2.1	ANSETTELSE	61
6.2.2	OPPSIGELSE	67
6.2.3	INDIREKTE SELEKSJON	72
6.2.4	SELEKSJON SOM TARIFFBRUDD	73
6.2.5	SELEKSJON SOM FREDSPLIKTSBRUDD	74
6.2.5.1	Kort om arbeidskamp og fredsplikt	74
6.2.5.2	Den faktiske handling og hensiktens betydning	75
6.2.5.3	Arbeidsgiver ønsker å posisjonere seg foran kommende tarifforhandlinger	76
6.2.5.4	Oppsigelser begrunnet i organisasjonstilknytning	78
6.2.5.5	Rettsvirkninger	79
6.3	UTENLANDSK ARBEIDSKRAFT OG SOSIAL DUMPING	81
6.3.1	FAGFORENINGENS VILJE OG ARBEIDSGIVERS SELEKSJONSMULIGHET	81
6.3.2	ALLMENNGJØRINGSLOVEN	83
6.4	SAMMENFATNING OG KONKLUSJON	84
<u>7</u>	<u>UFRAVIKELIGHETSFORUTSETNING BEGRUNNET I ANDRE HENSYN</u>	<u>85</u>
7.1	PROBLEMSTILLINGEN	85
7.2	ARBEIDSGIVERS MULIGHET TIL Å PÅVIRKE ORGANISASJONSDANNELSEN	85
7.3	SAMFUNNSØKONOMISKE HENSYN	87
7.4	KONFLIKTNIVÅ	89
7.5	FORHOLDET TIL DE UORGANISERTE ARBEIDSTAKERNE	91
7.6	FORHANDLINGSMESSIGE FORHOLD	92
7.7	SAMMENFATNING	92
<u>8</u>	<u>RETTSVIRKNINGER AV TARIFFBRUDD OG ADGANGEN TIL AVTALEREVISJON</u>	<u>93</u>
8.1	INNLEDENDE BEMERKNINGER	93
8.2	ERSTATNING	94
8.3	REFORHANDLING	95
8.4	HEVING	96
8.4.1	GJELDER DET EN ALMINNELIG HEVINGSADGANG I TARIFFAVTALEFORHOLD?	96
8.4.2	KRAVET TIL HEVINGSGRUNN	100
8.4.3	SAMMENFATNING	101

8.5	AVTALEREVISJON ETTER AVTL. § 36	102
8.5.1	FORMÅL OG VIRKNING	102
8.5.2	VURDERINGSTEMA	102
8.5.3	RIMELIGHETSSTANDARDEN	103
8.5.4	KONKLUSJON	105
8.6	UGYLDIGHET	105

<u>9</u>	<u>TROEN PÅ ET UFRAVIKELIGHETSPRINSIPP</u>	<u>107</u>
-----------------	---	-------------------

<u>DEL III:</u>	<u>ANDRE RETTSLIGE SKRANKER FOR ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL</u>	
	<u>Å INNGÅ AVVIKENDE TARIFFAVTALER</u>	<u>110</u>

<u>10</u>	<u>LOJALITETSPLIKTEN</u>	<u>110</u>
------------------	---------------------------------	-------------------

10.1	INNLEDENDE BEMERKNINGER	110
10.2	LOJALITETSKRAVET I TARIFFORHOLD	111
10.3	LOJALITETSVURDERINGEN	112
10.4	RETTSVIRKNINGENE AV ILLOJAL OPPTREDEN	113
10.5	SAMMENFATNING	114

<u>11</u>	<u>AVTALELOVEN § 36, FORBUDET MOT URIMELIGE AVTALER</u>	<u>114</u>
------------------	--	-------------------

<u>12</u>	<u>FREDSPLIKTEN</u>	<u>115</u>
------------------	----------------------------	-------------------

<u>13</u>	<u>LIKELØNNSREGELEN</u>	<u>115</u>
------------------	--------------------------------	-------------------

<u>14</u>	<u>OFFENTLIGE ARBEIDSGIVERE OG FORHOLDET TIL DET</u>	
	<u>FORVALTNINGSRETTSLIG LIKEBEHANDLINGSPRINSIPP</u>	<u>118</u>

14.1	PROBLEMSTILLINGEN	119
14.2	LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPETS ANVENDELSE I DE OFFENTLIGE	
	ANSETTELSESFORHOLD GENERELT OG TARIFFORHOLD SPESIELT	120

14.3	SAKLIG FORSKJELLSBEHANDLING	122
14.4	SAMMENFATNING OG KONKLUSJON	123
<u>DEL IV:</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>124</u>
<u>15</u>	<u>SAMMENFATNING OG KONKLUSJON</u>	<u>124</u>
<u>16</u>	<u>NOEN AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>125</u>
<u>17</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>127</u>
<u>18</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>

DEL I: INNLEDNING OG INTERNASJONALE FORPLIKTELSE

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Tariffavtaler spiller en viktig rolle i norsk arbeidsliv. Det antas at ca 70 % av norske arbeidstakere enten direkte eller indirekte får hele eller deler av sine lønns- og arbeidsvilkår fastsatt gjennom tariffavtale.¹ Samtidig er organisasjonsbildet sammensatt i den forstand at flere fagforeninger ikke sjeldent konkurrerer om de samme medlemmene. Dette kan føre til en situasjon hvor to eller flere fagforeninger inngår hver sine tariffavtaler med samme arbeidsgiver om samme type arbeid. Dette er konkurrerende tariffavtaler. Problemstillingen i denne oppgaven er om en tariffbundet arbeidsgiver har rettslig adgang til å inngå en konkurrerende tariffavtale med andre lønns- og arbeidsvilkår, såkalt *avvikende* konkurrerende tariffavtale. Dersom arbeidsgiver har adgang til dette, vil man kunne risikere at likt arbeid i samme virksomhet lønnes ulikt avhengig av hvor arbeidstakeren er organisert. Tariffavtaler kan inngås både av en arbeidsgiver og en arbeidsgiverforening.² Deres avtaleadgang er så å si sammenfallende og vil i det følgende bli behandlet under ett, men slik at det er benevnelsen "arbeidsgiver" som benyttes. Der hvor det oppstår særspørsmål for enten arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening, vil dette bli presisert.

Spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende, konkurrerende tariffavtaler er ikke lovregulert. I den juridiske teori er det imidlertid utviklet en lære, det såkalte ulovfestede ufravikelighetsprinsipp, som angivelig skal begrense arbeidsgivers avtalefrihet i så måte. Ufravikelighetsprinsippet bygger på forutsetningsbetraktninger og har fått en ikke ubetydelig anerkjennelse i både det juridiske miljø og blant partene i

¹ NOU 2004:5 s. 58.

² Jfr. arbtvl. § 1 nr. 8.

arbeidslivet. Det hevdes videre at prinsippet underbygges av Arbeidsrettens praksis. Det kan reises tvil om hvor langt det kan hevdes et slikt ufravikelighetsprinsipp og dette utgjør hoveddelen av oppgaven.³

Videre vurderes det hvorvidt den alminnelige lojalitetsplikt eller preseptoriske rettsregler begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler.

1.2 Nærmere om "avvikende og konkurrerende" tariffavtaler

Før vi gir oss i kast med selve analysene og drøftelsene, skal det knyttes noen nærmere kommentarer til begrepene konkurrerende og avvikende tariffavtaler.

Hvorvidt to tariffavtaler er konkurrerende, må avgjøres etter en tolkning av avtalenes virkeområde. Kun tariffavtaler som omfatter samme type arbeid, er konkurrerende. For eksempel vil ikke fagforening As tariffavtale for funksjonærene i en bedrift konkurrere med fagforening Bs avtale for arbeiderne. Fastleggelsen av en tariffavtales virkeområde kan reise enkelte tolkningsspørsmål, men dette vil ikke bli viet oppmerksomhet i det følgende.

Konkurrerende tariffavtaler er utbredt i norsk arbeidsliv.⁴ Flere fagforeninger konkurrerer m.a.o. om de samme medlemmene.⁵ I nordisk sammenheng synes dette langt på vei å være et enestående fenomen. I de øvrige nordiske land er det også et fagforeningsmangfold, men foreningene har der i stor grad vært foretatt en teigdeling mellom seg. Gjennom såkalte grenseavtaler har foreningene delt medlemsmarkedet, slik at det enkelte tariffområde er "forbeholdt" en forening.⁶ Absolutt er inndelingen ikke, men problemer knyttet til konkurrerende tariffavtaler er ikke viet særlig oppmerksomhet i de øvrige nordiske land. I Norge har foreningene ikke vist en tilsvarende vilje til samarbeid og deling, og spørsmål både knyttet til konkurrerende tariffavtaler og i særdeleshet avvikende tariffavtaler, har blitt et utpreget interessepolitisk tema.

³ Del II er i sin helhet viet ufravikelighetsprinsippet.

⁴ Se f.eks. NOU 2001:14 s. 84 og Olberg s. 45-46.

⁵ Nærmere om dette i vedlegget.

⁶ Jfr. NOU 2001:14 s. 84 samt Kristiansen 2004 s. 117-199 og Schmidt 1997 s. 113 flg. for situasjonen i hhv. Danmark og Sverige.

Med avvikende tariffavtaler menes konkurrerende avtaler med ulike lønns- og arbeidsvilkår. Tariffavtalene kan gjerne være bygget opp forskjellig uten at de av den grunn betraktes som avvikende. Avvikende er avtalene først når de fører til at de samlede lønns- og arbeidsvilkår blir så vidt forskjellige at dette blir merkbart både for arbeidstakerne og arbeidsgiver. Noen nærmere angivelse av avvikets nødvendige omfang trengs ikke for de vurderinger som skal foretas i denne oppgaven.

1.3 Avgrensning

Tariffavtaler regulerer normalt ikke bare lønns- og arbeidsvilkår, men også forholdet mellom fagforeningen og arbeidsgiver, f.eks. bestemmelser om arbeidsgivers drøftingsplikt eller fremgangsmåte ved lønnsforhandlinger.⁷ Slike kollektive bestemmelser får normalt ikke direkte betydning for den enkelte arbeidstaker. Konkurrerende tariffavtaler med avvikende kollektive bestemmelser, faller ikke inn under begrepet avvikende tariffavtaler slik dette er anvendt i denne oppgaven og blir ikke behandlet i det følgende.⁸

Det er ingen ting i veien for at partene i en tariffavtale uttrykkelig *avtaler* at arbeidsgiver ikke skal inngå avvikende tariffavtaler.⁹ Spørsmål knyttet til slike klausuler må løses via alminnelig tariffrettslig tolkningslære og vil ikke bli behandlet nærmere.

Ufravikelighetsvirkninger bygget på et sedvanerettslig grunnlag kunne tenkes innenfor visse tariffområder. Dette må i så fall vurderes konkret for det enkelte tariffområde ut fra alminnelige sedvanerettslige prinsipper og vil ikke bli behandlet nærmere i denne

⁷ I praksis kommer dette skillet gjerne til uttrykk ved at det inngås to overordnede avtaler mellom partene. Den ene benevnes gjerne hovedtariffavtale eller overenskomst og omfatter lønns- og arbeidsvilkår og andre sosiale bestemmelser, mens den andre i all hovedsak inneholder kollektive bestemmelser og benevnes hovedavtale.

⁸ Dog med en liten reservasjon for kapittel 5.3.5.

⁹ F.eks. Verkstedsoverenskomsten 2002-2004 Kap VIII § 8.2.1.

oppgaven.¹⁰ Noen tilgrensede spørsmål blir dog behandlet i kapittel 9 hvor spørsmålet er om troen på et ufravikelighetsprinsipp kan danne bindende individuelle avtaleforutsetninger.

Tariffavtaler og deres rettsvirkninger reguleres først og fremst av arbeidstvistloven (arbtvl.) av 5. mai 1927 nr. 1 og tjenestetvistloven (tjvtl.) av 18. juli 1958 nr. 2. Lovene har en noe ulik oppbygning, men regulerer de samme forhold, dog slik at tjenestetvistloven omfatter de tarifforhold hvor staten som er arbeidsgiver er part, mens arbeidstvistloven regulerer de øvrige tarifforhold i både privat og kommunal sektor. Stort sett er reguleringen sammenfallende og da behandles kun arbeidstvistlovens bestemmelser. Det er likevel inntatt et enkelt lovspeil i oppgavens register, slik at den interesserte leser enkelt kan finne frem til de relevante bestemmelser i tjenestetvistloven.

1.4 Rettskildebildet

Spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler er som nevnt ikke lovregulert. Arbeidstvistloven regulerer først og fremst forholdet mellom arbeidsgiver og fagforening, og tar i liten grad innover seg de spørsmål som reiser seg ved konkurrerende tariffavtaler. I de senere årene er det utført et omfattende utredningsarbeid med tanke på å tilpasse arbeidstvistlovgivningen situasjonen i dagens arbeidsliv. Disse arbeidene har kun ført til mindre endringer i lovgivningen, men har avstedkommet to NOUer: Arbeidsrettsrådets NOU 1996:14 og Stabelutvalgets NOU 2001:14. Utredningene drøfter blant annet spørsmål knyttet til konkurrerende og avvikende tariffavtaler og utgjør et viktig kildemateriale for denne oppgaven.

Særlig behandlingen av ufravikelighetsprinsippet er basert på juridisk teori og Arbeidsrettens praksis.

¹⁰ I en slik vurdering vil det ikke være tilstrekkelig å konstatere at det over lengre tid ikke har vært inngått avvikende tariffavtaler. Det må også vurderes hvorvidt partene har vært av den oppfatning at de har vært *rettslig* avskåret fra å inngå avvikende avtaler, se Eckhoff s. 244 flg.

For øvrig reiser oppgaven mange spørsmål som ikke har sin direkte lovregulering eller har vært behandlet verken teori eller praksis. Her blir det tilsvarende større plass for drøftelser av reelle hensyn.

1.5 Den videre fremstillingen

Som for de fleste andre rettsområder har Norges deltagelse i EØS samt tiltredelse av en rekke konvensjoner gjort at internasjonale rettskilder spiller en stadig større rolle. Pga. deres gjennomslagskraft, trekker disse kildene opp rammer for tolkningen av de interne rettsregler. Dette blir nærmere behandlet i kapittel 2.

Del II i oppgaven er i sin helhet viet ufravikelighetsprinsippet. For å forstå ufravikelighetsprinsippets betydning på det kollektive plan, behandles først ufravikelighetsprinsippets forhold til den individuelle arbeidsavtale i kapittel 3. Deretter vil ufravikelighetsprinsippets kollektive side, slik dette er definert i den juridiske teori, bli presentert i kapittel 4. I kapittel 5 følger en analyse av Arbeidsrettens praksis for om mulig å finne et rettskildemessig grunnlag for å hevde et ufravikelighetsprinsipp. I kapittel 6 og 7 vil det bli nærmere vurdert hvorvidt ufravikelighetsvirkninger er nødvendige forutsetning for tariffavtaler i sin alminnelighet. I kapittel 8 drøftes hvilke rettsvirkninger brudd på et eventuelt ufravikelighetsprinsipp vil utløse. Avslutningsvis vil det i kapittel 9 bli sett nærmere på om troen på et ufravikelighetsprinsipp kan danne bindende individuelle avtaleforutsetninger.

I del III av oppgaven forlates ufravikelighetsprinsippet og det blir drøftet hvorvidt andre rettsregler begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. Arbeidsgivers avtalefrihet blir vurdert opp mot den alminnelige lojalitetsplikt (kapittel 10), forbudet mot urimelige avtaler i avtl. § 36 (kapittel 11), fredsplikten (kapittel 12) og likestillingslovens likelønnsregel (kapittel 13). Endelig skal vi i kapittel 14 se kort på et særspørsmål for offentlige arbeidsgiveres tariffavtalefrihet, nemlig hvorvidt det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsipp begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler?

Del IV utgjør avslutningen av oppgaven med en sammenfatning av de funn som er gjort, samt et forsøk på å ta stilling til problemstillingen: har arbeidsgiver rettslig adgang til å inngå avvikende tariffavtaler?

2 Internasjonale forpliktelser

2.1 Innledende bemerkninger

Verken Norges forpliktelser etter EØS-avtalen eller de ulike menneskerettighetskonvensjoner, har direkte betydning for spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. Indirekte vil imidlertid disse kildene spille en ikke ubetydelig rolle. Særlig vil organisasjonsrettens menneskerettslige vern få betydning for de tolkningsspørsmål som reiser seg ved drøftelsene av stillingsvernsreglene i kapittel 6. Når det gjelder EØS-samarbeidet vil bl.a. likelønnsregelen i EØS-avtalens artikkel 69 og 70 være av en viss interesse. I dette kapittelet skal det kort gjøres rede for de relevante forpliktelser og deres rettskildemessige stilling.

2.2 Organisasjonsretten

Organisasjonsretten i arbeidsrettslig sammenheng kan deles opp i en kollektive og en individuell del. Den kollektive organisasjonsrett omhandler fagforeningenes rett til å fremme sine medlemmers interesser, f.eks. gjennom tariffavtaler. Den individuelle organisasjonsrett er den enkeltes rett enten til å la seg organisere; den positive organisasjonsrett, eller til å la være; den negative organisasjonsrett. Retten til fritt å velge hvilken fagforening man vil være tilsluttet, kan trolig ses på som et utslag av både den positive og negative organisasjonsrett.¹¹

¹¹ Jfr. Jakhelln 2004 s. 472.

2.2.1 Menneskerettighetskonvensjonenes vern av organisasjonsretten

Organisasjonsretten er ikke eksplisitt lovregulert i norsk intern rett, men regnes som en så grunnleggende demokratisk rettighet at den må legges til grunn som et alminnelig prinsipp.¹² Flere internrettslige regler kan ses som et uttrykk for organisasjonsfriheten,¹³ men det er i menneskerettighetskonvensjonene man finner organisasjonsfrihetens eksplisitte vern.¹⁴ Vernet i de ulike konvensjonene varierer og deres nærmere innhold må fastlegges ut fra en tolkning av konvensjonens ordlyd og analyse av eventuell konvensjonspraksis. En selvstendig gjennomgang og analyse av konvensjonspraksis, vil sprengte rammene for denne oppgaven. Drøftelsene av konvensjonenes regulering av organisasjonsretten er derfor basert på andre fremstillinger, først og fremst doktoravhandlingen til den svenske juristen Petra Herzfeld Olssons: *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*.¹⁵ Når det gjelder ILO-konvensjonene, har jeg også funnet Ken Uggeruds rapport ”*Arbeidstvistlov og menneskerettigheter*” særlig anvendelig.¹⁶

2.2.1.1 EMK art. 11

Det følger direkte av ordlyden i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 11 nr. 1 at konvensjonen verner den individuelle positive organisasjonsrett jfr.: “*Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.*” Organisasjonsretten omfatter både retten til fritt å melde seg inn og å danne fagforeninger. Gjennom konvensjonspraksis er det slått fast at konvensjonen også verner den negative organisasjonsrett.¹⁷ Det er imidlertid usikkert om denne nyter det samme vern som den positive organisasjonsretten.¹⁸ EMK art. 11 verner til en viss grad også den kollektive organisasjonsrett slik at fagforeningene har rett til å fremme sine medlemmers interesser. Det er imidlertid opp til den enkelte konvensjonsstat å nærmere

¹² Se Jakhelln 2004 s. 473, Stokke/Evju/Frøland s. 117 og NOU 2001:14 s. 27.

¹³ Se f.eks. aml. §4B nr.1.

¹⁴ For en mer omfattende fremstilling, se NOU 2001:14 s. 36 flg.

¹⁵ I det følgende referert som Olsson 2003.

¹⁶ I det følgende referert som Uggerud.

¹⁷ Konvensjonen håndheves av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).

¹⁸ Jfr. *Sigurdur A. Sigurdjonsson v. Island*, A 264 (1993), se Olsson 2004 s. 28 og Fougner 2004 s. 60.

fastsette hvordan fagforeningene skal kunne fremme medlemmenes interesser. Det kan verken utledes noen absolutt streikerett eller rett til å inngå tariffavtaler.¹⁹ EMKs vern av den kollektive organisasjonsrett må derfor kunne sies å være lite utviklet pr. i dag.²⁰

2.2.1.2 SP art. 22 og ØSK art. 8

FNs konvensjon om Sosiale og politiske rettigheter (SP) art. 22 oppstiller et tilnærmet likt vern som EMK art. 11 og vil ikke bli nærmere presentert her.²¹ Et ikke ubetydelig vern av organisasjonsrett finner man i FNs konvensjon om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter art. 8. Etter ØSK art. 8 nr. 1 bokstav a og b skal konvensjonsstatene sikre retten til fritt fagforeningsvalg, både ved at arbeidstakerne skal kunne velge hvilken fagforening de vil være medlemmer av, samt danne alternative fagforeninger. I mangel av konvensjonspraksis er det usikkert om konvensjonen også verner den negative organisasjonsrett.²² Den kollektive organisasjonsretten er vernet i art. 8 bokstav c hvor det heter at fagforeningene skal kunne "*function freely*". Dette omfatter bl.a. fagforeningenes forhandlingsrett.²³ Videre verner artikkelens bokstav d fagforeningenes streikerett. Det enkelte land kan imidlertid gjøre begrensninger i denne, sml. f.eks. reglene om fredsplikt i arbtvl. § 6.

2.2.1.3 ESP art. 5 og 6

I Den europeiske sosialpakt (ESP) er den individuelle organisasjonsretten vernet i artikkel 5, som har følgende ordlyd:²⁴ *All workers and employers have the right to*

¹⁹ Møse s. 489-490 og *National Union of Belgian Police v. Belgia A 19 (1975)*, *Swedish Engine Drivers Union v. Sverige, A 20 (1976)*, *Schmidt og Dahlström, A 21 (1976)*.

²⁰ Dog viser EMDs dom i *Wilson m.fl.* av 2. juli 2002 at vernet er under utvikling, se Fougner 2004 s. 63 flg.

²¹ Se Møse s. 498 og Fougner 2004 s. 68.

²² Jfr. Olsson 2004 s. 29.

²³ Konvensjonen håndheves ved statsrapportering som gjennomgås av Ekspertkomitéen, se Møse s. 146-147. Ekspertkomitéen har bl.a. uttrykt skepsis til en rettsorden hvor forhandlingsrett er betinget av fagforeningens representativitet jfr. Olsson 2003 s. 240, se også Fougner 2004 s. 69.

²⁴ Norge ratifisert ESP i 1962, revidert i 1996 ratifisert av Norge 7. juni 2001 og trådte i kraft 1. august samme år.

freedom of association in national or international organisations for the protection of their economic and social interests.

Konvensjonens art. 6 nr. 1 oppstiller et vern av den kollektive forhandlingsrett, men den gir fagforeningene verken krav på å inngå tariffavtale eller til å inngå tariffavtale med et bestemt innhold.²⁵ Streikeretten er vernet i artikkel 6 nr. 4.

2.2.1.4 ILO-konvensjonene

Det mest omfattende vernet av både den positive individuelle og kollektive organisasjonsrett gir ILO-systemets mange konvensjoner. International labour organization (ILO) er en særorganisasjon i FN-systemet som særlig arbeider for å sikre arbeidstakernes mulighet til å fremme sine interesser gjennom kollektiv opptreden.²⁶ Norge har ratifisert en rekke sentrale ILO-konvensjoner. Konvensjonene må suppleres med ILOs komiteenes anbefalinger og uttalelser.

Den sentrale konvensjon for vernet av organisasjonsretten er ILO-konvensjon nr. 98, ratifisert av Norge 17. februar 1955.²⁷ Den individuelle positive organisasjonsrett er vernet i artikkel 1 som har følgende ordlyd:²⁸

1. Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment.
2. Such protection shall apply more particularly in respect of acts calculated to--
 - a) make the employment of a worker subject to the condition that he shall not join a union or shall relinquish trade union membership;
 - b) cause the dismissal of or otherwise prejudice a worker by reason of union membership or because of participation in union activities outside working hours or, with the consent of the employer, within working hours.

Olsson sammenfatter organisasjonsvernet etter ILO-konvensjon nr. 98 art. 1 slik:

²⁵ Jfr. Fougner 2004 s. 70.

²⁶ Se Møse s. 45 flg.

²⁷ ILO konvensjon 87 forbyr staten å blande seg inn i fagforeningenes virksomhet og, men har liten interesse for de spørsmål denne oppgaven reiser. Konvensjonen ble ratifisert av Norge 4. juli 1949.

²⁸ ILO-konvensjonene antas ikke å verne den negative foreningsfrihet jfr. Olsson 2004 s. 29.

”Diskriminering på grund av fackligt medlemskap eller legitim facklig verksamhet får altså varken äga rum vid själva rekryteringen, under anställningen eller vid avslutandet av anställningen.”²⁹

Vernet av den kollektive organisasjonsrett kommer til uttrykk i artikkel 2 hvor det heter at:

1. Workers' and employers' organizations shall enjoy adequate protection against any acts of interference by each other or each other's agents or members in their establishment, functioning or administration.

2. In particular, acts which are designed to promote the establishment of workers' organizations under the domination of employers or employers' organizations, or to support workers' organizations by financial or other means, with the object of placing such organizations under the control of employers or employers' organizations, shall be deemed to constitute acts of interference within the meaning of this Article.

Artikkel 2 nr. 1 verner fagforeningenes og arbeidsgiverorganisasjonenes uavhengighet til både myndighetene og til hverandre.

Iht. ILO-konvensjon nr. 98 art. 6 omfatter ikke konvensjonen offentlige tjenestemenn ansatt i statsadministrasjonen. Vernet av deres organisasjonsrett er regulert i ILO-konvensjon nr. 151. Konvensjonen ble ratifisert av Norge 19. mars 1980, men vil ikke bli nærmere behandlet her.

ILO-konvensjon nr. 111 som Norge ratifisert 24. september 1954 forbyr diskriminering i arbeidslivet på grunnlag av ”*politisk oppfatning*” jfr. art. 1 nr. 1. Det å organisere seg må anses som et uttrykk for en politisk oppfatning, og konvensjonen synes derfor også å oppstille et vern mot diskriminering begrunnet i organisasjonstilknytning.³⁰

2.2.2 Vernets betydning og gjennomslagskraft

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp. Med dette menes at det interne norske rettssystem og folkeretten er to forskjellige og uavhengige rettssystem. Dette innebærer at internasjonale konvensjoner Norge ratifiserer, ikke vil få direkte anvendelse i den interne rett. Inntil konvensjonen ved lov eller ved vedtak med hjemmel i norsk lov er

²⁹ Olsson 2003 s. 180, såkalte closed shop-klausuler dvs. organsiasjonsplikt, er derimot ikke konvensjonssstridig. Konvensjonens hovedanliggende er å sikre arbeidstakernes mulighet til kollektiv opptreden.

³⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 32.

blitt inkorporert eller transformert til norsk lov, vil konvensjonen kun være folkerettslig forpliktende for Norge som stat. Konvensjonen kan således ikke påberopes for en norsk domstol, men staten kan bli kritisert eller dømt for manglende etterlevelse av konvensjonen dersom denne hjemler et håndhevingsapparat.³¹ Som vi skal komme nærmere tilbake til må dette utgangspunktet modifiseres betraktelig jfr. det såkalte presumpsjonsprinsippet.

Ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 (mrl.) er både EMK, SP og ØSK inkorporert og gjort til norsk lov.³² Gjennom mrl. § er konvensjonene gitt forrang slik at disse ved motstrid går foran annen norsk lovgivning. Den praktiske konsekvens av dette er at domstolene vil måtte tolke den øvrige lovgivning slik at denne harmonerer med konvensjonenes bestemmelser. Der det ikke er mulig å komme seg unna en motstridssituasjon ad. tolkningsvei, må imidlertid konvensjonenes regler følges.

Verken ILO-konvensjonene eller ESP er gjennomført i norsk rett. Dette innebærer at Norge kun har en folkerettslig forpliktelse til å opptre i overensstemmelse med konvensjonene. I tråd med det såkalte presumpsjonsprinsippet antas imidlertid norsk rett å være i overensstemmende med Norges folkerettslige forpliktelser. Norske rettsregler må derfor tolkes i lys av våre internasjonale forpliktelser. F.eks. vil ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 1 tilsi at arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 § 60 må tolkes slik at en oppsigelse begrunnet med at arbeidstakerens er organisert ikke er saklig. Der hvor man ad tolkningsvei ikke kan komme unna motstrid mellom en ikke-gjennomførte konvensjon og interne rettsregler, må likevel den interne regel gå foran, jfr. utgangspunktet om det dualistiske prinsipp. Dette er bl.a. kommet klart til uttrykk i Rt-1997-580 (OFS-dommen) hvor Høyesterett bl.a. uttalte (593): *"[d]ersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran."*³³ Domstolene vil trolig strekke seg langt for å hindre at man kommer i en slik motstridssituasjon. Iht. Grunnloven § 110c er staten

³¹ Se f.eks. Møse s. 171 flg.

³² Det er følgelig noe misvisende å drøfte hvilke stilling disse konvensjonene har i norsk rett.

³³ Dommen ble avsagt før menneskerettsloven trådte i kraft og omhandlet både vernet etter EMK og SP og konvensjoner som ikke er inkorporert gjennom menneskerettsloven. For de sistnevntes vedkommende må uttalelsen fremdeles antas å være gyldig, slik også Møse s. 185. Se for øvrig Rt-2001-248.

forpliktet til å ”*respektere og sikre Menneskerettighetene.*” Dette taler for at presumpsjonsprinsippet bør ha særlig sterk gjennomslagskraft på menneskerettighetenes område.

Selv om både de gjennomførte og ikke-gjennomførte menneskerettighetskonvensjonene på denne måten får betydning for reguleringen av arbeidslivet, er det like fullt staten som er pliktsubjekt etter konvensjonene.³⁴ En arbeidsgiver som blander seg inn i fagforeningens indre anliggender kan følgelig ikke dømmes for brudd på ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 2. Betydningen for det rettslige mellomværende mellom partene i arbeidslivet får konvensjonene først når de trekkes inn i tolkningen av den internrettslige regulering mellom partene. F.eks. vil ESP art. 6 nr. 4 vern av streikeretten kunne begrense adgangen til å tolke fredstidsbestemmelsen i arbtvl. § 6 utvidende.³⁵

2.3 EU-rettens betydning

EØS-avtalen art. 69 og 70 oppstiller en likelønnsregel som innebærer at arbeid av lik verdi ikke skal lønnes ulikt pga. arbeidstakerens kjønn. I de tilfeller hvor det er en kjønnskjev fordeling mellom de konkurrerende fagforeninger, vil likelønnsregelen kunne begrense arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. En tilsvarende likelønnsregel er innført i likestillingsloven § 5 og det vil først og fremst være denne som får praktisk betydning. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i lys av EØS-avtalen og EF- og EFTA-domstolens praksis. Da EØS-avtalen ved EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109 er gjort til norsk lov, får denne også direkte anvendelse i norsk rett. Videre følger det av EØS-loven § 2 at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, i tilfelle konflikt går foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Likelønnsregelen vil bli nærmere behandlet i kapittel 13.

EØS-avtalens artikkel 53 første ledd tilsvarer EF-traktaten artikkel 85 og forbyr avtaler som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innenfor det område som er omfattet av avtalen. Tariffavtaler har som sitt grunnleggende formål nettopp å motvirke konkurranse i arbeidsmarkedet og vil følgelig i utgangspunktet

³⁴ Se NOU 2001:14 s. 36 om konvensjonenes betydning som tolkningsfaktorer.

³⁵ Se f.eks. Fougner 2004 s. 70-71.

rammes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 første ledd. Av hensyn til tariffavtalens sosialpolitiske formål er det gjennom EF- og EFTA-domstolens praksis utviklet et unntak fra artikkel 53 første ledd for tariffavtaler.³⁶ Dette er bakgrunnen for bestemmelsen i konkurranseloven av 5. mars 2004 nr. 12 § 3 som unntar lønns- og arbeidsvilkår fra lovens anvendelsesområde.³⁷ Et spørsmål som imidlertid ikke synes behandlet verken i rettspraksis eller teori, er om en begrensning i arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler kan virke ulovlig konkurransehemmende i *fagforeningsmedlemsmarkedet*. Hvilke forhandlingsresultater fagforeningene oppnår, vil trolig ha betydning for arbeidstakernes valg av fagforening, se nærmere om dette i kapittel 7.2. En begrensning i adgangen til å inngå avvikende tariffavtaler vil forhindre at en konkurrerende fagforening kaprer medlemmer fra den første forening ved å oppnå bedre forhandlingsresultater. Dette reiser en rekke vanskelige spørsmål. Selv om lønns- og arbeidsvilkår blir brukt som et element i fagforeningenes konkurranse om medlemmer, vil fagforeningene likevel samtidig ivareta sosialpolitiske hensyn. Hvis konkurranseaspektet tar overhånd må det vurderes hvorvidt de sosialpolitiske hensyn fremdeles gjør seg gjeldene.³⁸ Et eksempel kan være der konkurransen fører til stadig høyere tariffkrav som verken samfunnets eller virksomhetens økonomi tillater. Slike uansvarlige tariffkrav kan i verste fall føre til at arbeidstakerne mister sitt arbeid, se nærmere om dette i kapittel 7.3. På den annen side er det neppe en slik form for konkurranse artikkel 53 først og fremst er tenkt å skulle bidra til. Videre kommer artikkel 53 kun til anvendelse på avtaler inngått mellom *foretak*. I den juridiske teori har spørsmålet om en fagforening kan anses som et foretak vært gjenstand for atskillig diskusjon. Både Evju og Fougner stiller seg åpne for at fagforeninger kan betraktes som foretak, men tar ikke endelig stilling til spørsmålet.³⁹ I en studentavhandling inntatt i Marius 2002 nr. 291 inntas et mer reservert syn.⁴⁰

³⁶ Jfr. bl.a. EFTA-domstolens uttalelse i KLP-saken, E 8/00 premiss 44: "Avtaler som er inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og som søker å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår må, etter sin art og sitt formål, anses å falle utenfor anvendelsesområdet for forbudet i artikkel 53 (1) EØS."

³⁷ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 221-222.

³⁸ Se Fougner 2004 s. 167.

³⁹ Se Evju 2001 s. 174 flg. og Fougner 2004 s. 173.

⁴⁰ Sørnum 2002 s. 47 flg.

Problemstillingen er trolig ikke særlig praktisk og en fullverdig drøftelse av den vil reise mange konkurranserettslige spørsmål. Av hensyn til oppgavens rammer vil spørsmålet ikke bli forfulgt nærmere.⁴¹

⁴¹ Om forholdet mellom konkurranseretten og tariffavtaler i sin alminnelighet, se Fougner 2004 s. 157 - 181, Evju 2001 s. 165 flg, og Sørsum 2002.

DEL II: UFRAVIKELIGHETSPRINSIPPET

3 Ufravikelighetsprinsippet på individuelt nivå

3.1 Innledende bemerkninger om partsforhold, bundethet og virkeområde

En tariffavtale inngås mellom en fagforening på den ene side og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening på den annen jfr. arbtvl. § 1 nr 8. Disse utgjør tariffavtalens parter. I felles forståelse kan partene endre, fravike eller si opp avtalen; de har partsrådighet over avtalen. Videre har partene tolkningsmonopol, slik at deres felles forståelse av avtalen, innenfor rammene av preseptorisk lovgivning, skal legges til grunn.⁴²

Tariffavtalene skiller seg fra de fleste andre avtaler ved at den binder også andre enn dens parter. Hvem som blir bundet, må avgjøres etter en tolkning av den aktuelle tariffavtale.⁴³ Noen generelle forhold skal dog bemerkes. Et grunnleggende poeng med tariffavtalene er at de binder partenes medlemmer.⁴⁴ En tariffavtale inngått av en hovedorganisasjon eller arbeidsgiverorganisasjon er således bindende for de tilsluttede fagforeninger eller bedrifter, så fremt dette følger av hovedorganisasjonens eller arbeidsgiverorganisasjon vedtekter, evt. annet rettsgrunnlag, at disse kan binde sine medlemmer.⁴⁵ Likeledes blir den enkelte arbeidstaker gjennom sitt fagforeningsmedlemskap bundet av den tariffavtale vedkommendes fagforeningen inngår.⁴⁶

⁴² Se Andersen 1967 s. 58 og Eckhoff s. 255.

⁴³ Se Jakhelln 2004 s. 485.

⁴⁴ Se f.eks. Fougner 2004 s. 229-231.

⁴⁵ Når det gjelder tariffavtaler inngått av arbeidsgiverorganisasjoner i privat sektor er hovedregelen at tariffavtalen aktivt må gjøres gjeldende i virksomheten før den binder arbeidsgiver, se f.eks. Hovedavtalen LO-NHO 2002-2005 §3-7 tariffavtalen. Se forøvrig Jakhelln 2004 s. 485.

⁴⁶ Dette bygger på fullmaktsbetraktninger.

For at en tariffavtale skal regulere det enkelte arbeidsforhold er det imidlertid ikke tilstrekkelig å konstatere at arbeidstakeren og arbeidsgiveren pga. sin organisering eller partsstilling kan være bundet av avtalen. Tariffavtalen må også omfatte det aktuelle arbeid, arbeidsforholdet må m.a.o. falle innenfor tariffavtalens virkeområde. Hva som er tariffavtalens virkeområde må avgjøres etter en tolkning av tariffavtalen.

3.2 Tariffavtalens formål begrunner dens ufravikelighetsvirkninger

3.2.1 Tariffavtalens formål

Etter legaldefinisjonen i arbtvl. § 1 nr 8 er en tariffavtale en *”avtale om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.”* Ideen om tariffavtaler ble unnfanget i en tid og innenfor sektorer hvor det gjennomgående var et stort overskudd på arbeidskraft. En manglende kollektiv regulering av arbeidsvilkårene vil i en slik situasjon være ensbetydende med at arbeidstakerne i sin kamp om arbeid stadig underbyr hverandre. Berg uttrykker det slik:

”Den eiendomsløse arbeidstager kan være i den tvangssituasjon at han står overfor valget mellom enten å ta det arbeid han kan få, eller ikke ha noget å leve av. Arbeidsgiveren har da overtaket og kan diktere den annen part sin vilje. Arbeideren må ta de arbeidsvilkår som blir budt ham.”⁴⁷

Et system hvor lønnsnivået pga. uheldige konkurranseforhold mellom arbeidstakerne blir liggende på et minimum, betegnes gjerne som sosial dumping. Gjennom en samlet, kollektiv opptreden ønsket arbeidstakernes å forhindre sosial dumping. Videre ble de mer jevnbyrdige med arbeidsgiver i forhandlingssituasjonen og mulighetene for å fremforhandle rimelige lønns- og arbeidsvilkår økte.⁴⁸

Tariffavtalens grunnleggende formål er således å fastlegge like lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakerne og dermed hindre konkurranse om disse forholdene.⁴⁹ Slik vil arbeidstakerne sikres et forsvarlig lønnsnivå. Arbeidsgiver kan på sin side forholde seg

⁴⁷ Berg s. 155, tilsvarende Andersen 1967 s. 18-19.

⁴⁸ Fougner 2004 s. 25.

⁴⁹ NOU 1996:14 s. 27.

til et stabilt kostnadsnivå hva lønnsutgifter angår.⁵⁰ Videre vil fredsplikten bidra til ro i tariffperioden, hvilket også har en samfunnsøkonomisk effekt.⁵¹ De to siste virkningene må i hvert fall opprinnelig snarere anses som en konsekvens av tariffavtalen enn et formål med den. Det kan muligens hevdes at situasjonen i dag tilsier at ro og stabilitet er et selvstendig formål for tariffavtalen.⁵² Hovedformålet må imidlertid også i dag være at tariffavtalen skal sikre et forsvarlig lønnsnivå.

3.2.2 Ufravikelighetsvirkninger hvor både arbeidsgiver og arbeidstaker er bundet av tariffavtalen

En tariffavtale etablerer ikke noe arbeidsforhold, dette må gjøres ved individuell arbeidsavtale.⁵³ Arbeidssøkerens behov for arbeid innebærer en viss risiko for at arbeidsgiver vil presse vedkommende til å akseptere dårligere vilkår enn det som følger av tariffavtalen.⁵⁴ En slik aksept kan også betraktes som et utslag av den enkelte arbeidstakers manglende vilje eller evne til å opptre sosialt overfor fagforeningens øvrige medlemmer.⁵⁵ Dersom man ikke hadde hatt noen rettslige mekanismer til å forhindre at slike avtaler inngås, ville tariffavtalen lett undergraves. Iht. arbtvl. § 3 nr. 3 er derfor en arbeidsavtale inngått mellom en tariffbundet arbeidsgiver og en tariffbundet arbeidstaker ugyldig i den utstrekning den er i strid med tariffavtalen.⁵⁶ Dette gjelder så vel der den individuelle arbeidsavtalen inneholder dårligere som bedre vilkår.⁵⁷ Hvorvidt det foreligger slik motstrid, må avgjøres etter en konkret tolkning av både arbeidsavtalen og tariffavtalen.

⁵⁰ Fougner 2004 s. 25 og Berg s. 156.

⁵¹ Se mer om fredsplikten i kapittel 6.2.4.

⁵² Dette blant annet fordi stillingsvernsreglene begrenser konkurransen om lønns- og arbeidsvilkår, se nærmere om dette i kapittel 6.

⁵³ Se bl.a. Andersen 1967 s. 21.

⁵⁴ Eventuelt motsatt ved underskudd på arbeidskraft.

⁵⁵ Berg s. 155-156 uttrykker det slik: "*[M]an har funnet det sosialt maktpåliggende å gi tariffavtalene den slagkraft at de arbeidere og arbeidsgivere som omfattes av dem, må finne seg i å ofre sine individuelle interesser på et større fellesskaps alter.*"

⁵⁶ Det er kun de vilkår som står i strid med tariffavtalen som blir ugyldig, ikke arbeidsavtalen som sådan jfr. ordlyden i arbtvl. §3 nr. 3 og ARD-1983-301.

⁵⁷ Hvilket for så vidt følger direkte av ordlyden i arbtvl. §3 nr. 3 og uttrykkelig er slått fast i rettspraksis, se f.eks. ARD-1983-301, ARD-1945-48-73 (77-78), ARD-1952-110 og ARD-1954-111.

Slik gjøres tariffavtalen ufravikelig i forhold til de individuelle arbeidsavtaler. Arbtvl. § 3 nr. 3 omtales derfor gjerne som *det lovfestede ufravikelighetsprinsipp*. Tariffavtalen trekker opp rammene for hva som kan avtales i de individuelle arbeidsavtaler og kan for så vidt sammenlignes med preceptorisk lovgivning. Berg uttrykker det slik:

”Lovgivningen har gitt organisasjonene rett til å gi forskrifter av objektiv-rettslig art, som innenfor sitt område er å jevnstille med lov.”⁵⁸

Arbtvl. § 3 nr. kan håndheves av tariffpartene jfr. f.eks. ARD-1983-301 og ARD-1988-14 samt den enkelte arbeidstaker. Arbeidstakeren må i så fall anlegge sak for de ordinære domstoler, jfr. arbtvl. § 7 nr. 2 og Rt-1994-1505.

I ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 4 er det innfortolket et forbud mot at det i en individuell arbeidsavtale inngått mellom tariffbundne parter inntas vilkår i strid med tariffavtalen jfr. Digest 1996 p. 818 ”*agreements should be binding on the parties*”. Avvik til gunst for arbeidstaker aksepteres, jfr. Rekommandasjon 91 (1951) nr. 3 (3): “[s]tipulations in contracts of employment which are more favourable to the workers than those prescribed by a collective agreement should not be regarded as contrary to the collective agreement.”⁵⁹

3.2.3 Ufravikelighetsvirkninger hvor kun arbeidsgiver er bundet av tariffavtalen

Dersom tariffavtalen kun var ufravikelig overfor arbeidsavtaler inngått med organiserte arbeidstakere, ville tariffavtale ikke kunne forhindre en uønsket konkurranse med mindre alle arbeidstakerne var organisert. Arbeidsgiver kunne i en slik situasjon ha foretrukket uorganisert arbeidskraft som derved ville presset de organiserte ut av arbeidslivet.

Det er derfor alminnelig antatt at tariffavtalen – med mindre man har konkrete holdepunkter for noe annet - er inngått under den forutsetning at dens lønns- og arbeidsvilkår også skal gjelde for uorganiserte arbeidstakere.⁶⁰

⁵⁸ Berg s. 174, tilsvarende Andersen 1967 s. 21: ”[tariffavtalen] skal i kollektiv form gjennom sine lønns- og arbeidsvilkår virke normsettende for de personlige arbeidsavtaler som slutes innenfor dens rekkevidde.”

⁵⁹ Se Olsson 2003 s. 194-195 med videre henvisninger til konvensjonspraksis.

⁶⁰ Se f.eks. Stokke/Evju/Frøland s. 127, Jakhelln 2004 s. 519 og Andersen 1955 s. 187.

Et slikt syn er inntatt av Arbeidsrettens i en rekke saker hvor den grunnleggende dom er ARD-1922-50. Under en maskiniststreik i 1921 så arbeidsgiver seg nødt til å innstille driften og gå til oppsigelser av de ansatte. Virksomheten var bundet av en tariffavtale som løp frem til 31. mars 1922. Etter at streiken var avblåst startet arbeidsgiver opp virksomheten igjen og tok samtidig inn både organiserte og uorganiserte arbeidstakere, men på dårligere lønnsvilkår enn det som fulgte av tariffavtalen.

Arbeidstakerorganisasjonen stevnet arbeidsgiver inn for Arbeidsretten med påstand om at selskapet var forpliktet til å lønne alle ansatte - både organiserte og uorganiserte - iht. tariffavtalen. Arbeidsretten kom enstemmig til at arbeidsgiver var forpliktet til dette og uttalte (51-52):

”Tariffavtalen må hvile på den naturlige forutsetning at selskapet ikke gjennom forhyring av uorganiserte skulde kunne skaffe sig billigere arbeidshjelp enn i tariffavtalen bestemt. Tariffavtalens lønnssetninger vilde ellers bli av ringe verdi for de organiserte arbeidere.”

En nærliggende forståelse av rettens uttalelse er at tariffbundne arbeidstakere i konkurranse med uorganiserte ville tapt kampen om arbeid dersom sistnevnte gruppe kunne lønnes under tariffavtalens nivå. I så fall ville tariffavtalen mistet sin betydning for de organiserte.⁶¹

Forutsetningen om at arbeidsgiver er forpliktet til også å lønne sine uorganiserte tariffmessig, betegnes gjerne som en del av *det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp*.⁶² Forutsetningsbetraktningen ligner på det som bl.a. Woxholt omtaler som en typeforutsetning.⁶³ Dette er en avtale/kontraktsforutsetning som partene ikke har vært seg bevisst ved avtaleinngåelsen, men som likevel får betydning fordi forutsetningen er typisk for de fleste parter som inngår slike avtaler. Mao. utfyller man avtalen med en

⁶¹ Dette forutsetter imidlertid at arbeidsgiver kan selektere sin arbeidskraft på bakgrunn av organisasjonstilknytning. Hvorvidt dette er tilfellet i dag kan diskuteres, jfr. drøftelsene i kapittel 6.2. Normen er imidlertid svært innarbeidet og akseptert, både i teori og praksis. Dette, samt at tungtveiende innvendinger ikke gjør seg gjeldene i særlig grad, gjør at normen i det følgende blir lagt ubetinget til grunn.

⁶² Om prinsippet se f.eks. Andersen 1955 s. 186 flg.

⁶³ Se Woxholt s. 425.

alminnelig forutsetning. Det synes som om retten i ARD-1922-50 har anlagt en noe annen betraktning, nemlig den at forutsetningen er helt nødvendig for at tariffavtalen skal fungere etter sitt formål. Forutsetningen ligger dermed i avtalen som sådan. En nærmere grensedragning mellom disse to betraktningene skal ikke gjøres her da dette trolig kun har en mulig akademisk interesse. Resultatet vil være det samme.

En nærliggende innvending mot å akseptere slike forutsetningsbetraktninger er skriftlighetskravet i arbtvl. § 3 nr. 1. Skriftlighetskravet er begrunnet med den betydning tariffavtalen får for andre enn dens parter, først og fremst partenes medlemmer.⁶⁴ Til tross for de sterke klarhets- og notoritetshensyn som gjør seg gjeldende, er det alminnelige akseptert at tariffrettslige normer kan bygge på forutsetningsbetraktninger.⁶⁵ Eksempler på normer som antas å bygge på slike forutsetninger er arbeidsgivers styringsrett og fredsplikten.⁶⁶ Det må dog være et vilkår at forutsetningene er av grunnleggende karakter.

ARD-1922-50 gjaldt spørsmålet om arbeidsgiver kunne lønne uorganiserte under tariffavtalens satser. Det er imidlertid antatt at forutsetningen også gjelder der hvor de uorganiserte gis bedre vilkår jfr bl.a. ARD-1983-301. At arbeidsgiver ikke kan gi uorganiserte bedre lønns- og arbeidsvilkår enn de organiserte, har også en side til organisasjonsretten. Ved å inngå tariffavtale må arbeidsgiver anses for å ha akseptert arbeidstakernes organisasjonsrett. Å innrømme de uorganiserte bedre vilkår enn de organiserte vil trolig være en organisasjonsfiendtlig handling og dermed tariffstridig.⁶⁷ En rettsorden hvor dette aksepteres vil trolig være i strid med ØSK art. 8.⁶⁸ Tilsvarende må antagelig gjelde for ESP art. 5.

Dersom ufravikelighetsforutsetningen brytes, er dette et brudd på tariffavtalen som kan påtales av den fagforening som er part i denne. Den uorganiserte kan ikke hevde rettigheter etter tariffavtalen jfr. f.eks. ARD-1922-22 og ARD-1950-113 (115):

⁶⁴ Se ARD-1922-38, ARD-1960-154, ARD-1966-113 og ARD-1988-211 og Fougner 2004 s. 111.

⁶⁵ Se Evju 1990 s 250.

⁶⁶ Evju 1990 s. 250 og for fredspliktens vedkommende Berg s. 194. Fredsplikten er nærmere behandlet i kapittel 6.2.5.

⁶⁷ Mer om dette i kapittel 6.2.4.

⁶⁸ Ekspertkomiteén har bl.a. kritisert særskilte lønnstillegg til uorganiserte, se Olsson 2003 s. 244-245.

”En individuell arbeidsavtale mellom en organisert arbeider og en arbeidsgiver som strir mot tariffavtalen, er ugyldig i forholdet mellom arbeideren og arbeidsgiveren. Arbeideren kan fragå arbeidsavtalen for så vidt den strir mot tariffavtalen, og kreve sin tariffmessige lønn. En uorganisert arbeider er derimot selv bundet til den individuelle avtale han har sluttet, men tariffparten - i dette tilfelle Norsk Hotell- og Restaurantarbeiderforbund - har krav på at tariffavtalen gjennomføres også overfor ham.”⁶⁹

Uttalelsen peker på et sentralt poeng: den individuelle arbeidsavtale vil fremdeles være gyldig i forholdet mellom arbeidsgiver og den uorganiserte arbeidstaker selv om den medfører at arbeidsgiver begår et tariffbrudd overfor sin tariffmotpart.

Det er ikke upraktisk at tariffavtalens vilkår er inkorporert som en del av den uorganisertes arbeidsavtale, jfr. f.eks. Rt-1985-78, eller at det i denne er gjort en generell henvisning av typen ”*lønnen fastsettes etter den til enhver tid gjeldende tariffavtale.*” Den uorganiserte blir med dette verken deltager eller part i tariffavtalen, men arbeidsgiver blir med hjemmel i den individuelle arbeidsavtale forpliktet til å lønne arbeidstakeren iht. tariffavtalens vilkår.

Da normen om tariffmessig avlønning følger som en alminnelig kontraktforutsetning, er det ikke noe i veien for at partene avtaler at visse rettigheter forbeholdes de organiserte. Dette er bl.a. gjort i Taxioverenskomsten mellom Norges Taxiforbund og Norsk Transportarbeiderforbund (LO). Iht. overenskomsten § 6 er en ekstra ferieuke i utgangspunktet forbeholdt de organiserte. Dette er bl.a. gjort fordi Norges Taxiforbund ønsker at flere av sjåførene organiserer seg.⁷⁰

At uorganiserte lønnes iht. tariffavtalen reiser en ”gratispassasjerproblematikk.” De uorganiserte nyter godt av de resultater fagforeningen har oppnådd selv om de ikke har betalt kontingent. Under lønnsoppgjørene dukker det fra tid til annet opp krav fra enkelte fagforeninger om at det må innføres en tariffavgift for de uorganiserte eller et særskilt tarifftillegg for de organiserte. ”Gratispassasjerproblematikken” ble senest tatt opp av LO under tariffoppgjøret i 2004 og var det sentrale spørsmål i Transportarbeiderstreiken samme år.⁷¹ Om det generelt bør innføres særskilte tarifftillegg, er imidlertid et spørsmål som faller utenfor oppgavens rammer.⁷²

⁶⁹ Se Andersen 1967 s. 53-54 og Berg s. 182.

⁷⁰ <http://www.nrk.no/nyheter/okonomi/3831249.html>

⁷¹ Se LOs hjemmeside: <http://www.lo.no/lobasen/FileServer/2196-LOs%20REPRESENTANTSKAP%20VEDTOK%20TIRSDAG%2024.doc?documentID=2196> og

4 Ufravikelighetsprinsippet på kollektivt nivå

4.1 Innledning, fra individuelt til kollektivt nivå

Problemstillingen i det følgende er om tariffavtalen i sin alminnelighet hviler på den forutsetning at dens lønns- og arbeidsvilkår også skal gjelde for arbeidstakere organisert i en annen forening.

Så lenge den andre forening ikke har inngått noen tariffavtale, er det neppe noen grunn til å behandle dennes medlemmer annerledes enn de uorganiserte. Men hva dersom foreningen har inngått tariffavtale? Iht. arbtvl. § 3 nr. 3 vil tariffavtalen for vedkommende forening trekke opp rammene for dennes medlemmers arbeidsavtaler.⁷² Vil arbeidsgiver likevel - overfor sin første tariffmotpart - være forpliktet til å lønne organiserte i den annen forening i overensstemmelse med den første tariffavtalen? Hvis dette besvares bekreftende, oppstilles i realiteten en tariffrettslig forpliktelse for arbeidsgiver til ikke å inngå avvikende tariffavtaler. Med dette gis tariffavtalen ufravikelighetsvirkninger ikke bare overfor individuelle arbeidsavtaler, men også overfor tariffavtaler den ene tariffparten måtte inngå med utenforstående tariffmotparter.

4.2 Den tradisjonelle oppfatning

At det gjelder en slik begrensning er antatt i juridiske teori. Tilnærmet enstemmig legges det der til grunn at en tariffavtale må antas å være inngått under den *forutsetning* at arbeidsgiver ikke senere skal inngå avvikende avtaler. Teorien underbygger sitt syn ved å vise til Arbeidsrettens praksis og da særlig ARD-1936-127. Dommen vil bli inngående behandlet kapittel 5.2 Her er det tilstrekkelig å nevne at problemstillingen var om en tariffbundet arbeidsgiverforening hadde begått tariffbrudd overfor sin tariffmotpart ved senere å inngå en konkurrerende og påstått avvikende tariffavtale med en annen fagforening. Til dette uttalte retten (131):

http://www.lo.no/portal/page?_pageid=56,42457&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_d_i=121&p_d_c=&p_d_v=104537

PRIFOs hjemmeside: http://www.prifo.no/dt_mainHa.asp?gid=265&amid=6443 samt <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article1125550.ece>

⁷² Om dette se Stokke/Evju/Frøland s. 108-111.

⁷³ Se f.eks. ARD-1985-14 (s. 23).

”Men det prinsipp, som er uttalt i Arbeidsrettens dom av 15. mars 1922 i samlingen 1922 side 50, at arbeidsgiveren ikke må lønne noen av sine folk under gjeldende tariffavtales satser – hva enten de er organiserte eller ikke – må gjelde også mellom de forskjellige arbeiderforeninger eller deres medlemmer.”

Andersen 1967 drøfter på s. 54 flg. ufravikelighetsprinsippets eventuelle betydning ved konkurrerende tariffavtaler. Under henvisning til ARD-1945-48-55 konkluderer Andersen klart med at en tariffbundet fagforening ikke vil være forhindret fra å inngå en avvikende avtale med en annen arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening.⁷⁴ Videre synes det som om han implisitt legger til grunn at det samme må gjelde for arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. ARD-1936-127 nevnes ikke.⁷⁵

Med utgangspunkt i ARD-1936-127 og under henvisning til ARD-1977-29 og ARD-1977-34 skriver Evju 1982:

”Den alminnelige norm som må kunne stilles opp, vil gå ut på at en arbeidsgiver som er bundet av en tariffavtale, har rett til å inngå avvikende tariffavtaler med andre motparter for samme type arbeid. Men tariffrettslig vil det være urettmessig hvis en senere tariffavtale avviker fra en tidligere på en måte som fører til reell forskjellsbehandling av de tariffbundne arbeidstagere mht. materielle lønns- og arbeidsvilkår.”⁷⁶

Evju legger til grunn at den første tariffavtale gis ufravikelighetsvirkninger både i forhold til dårligere og gunstigere vilkår. Evju opprettholder synet i Evju 1990 s. 251-252) og Stokke/Evju/Frøland s. 127-129.⁷⁷

Et tilsvarende syn er lagt til grunn av Fougner 2004 s. 239-240. Fougner presiserer at ”[d]ersom virkningene i det vesentlige er de samme, vil det ikke foreligge brudd på ufravikelighetsnormene”. I Fougner 1999 legges det til grunn at ufravikelighetsvirkningen er begrunnet med ”at tariffavtalene ville blitt lite effektiv

⁷⁴ ARD-1945-48-55 omtales nærmere i kapittel 5.3.2.

⁷⁵ Berg drøfter i det hele tatt ikke spørsmålet om ufravikelighetsvirkninger på kollektivt nivå.

⁷⁶ Evju 1982 s. 202.

⁷⁷ Sistnevnte sted presiserer at det er den reelle forskjellsbehandling *over tid* som vil være tariffstridig.

dersom én og samme arbeidsgiver har avvikende tariffavtaler om samme typen arbeid.”⁷⁸

Jakhelln 2004 inntar et noe annet syn når han hevder ”*at en tariffbundet arbeidsgiver ikke kan gi andre fagforeningers medlemmer dårligere vilkår, jfr. ARD-1936-127, hvor avvikende vilkår ikke følger av tariffavtale med annen fagforening, jfr. ARD-1984-70.*”⁷⁹ Jakhelln synes her å ha forlatt den mer kritiske innstillingen til et ufravikelighetsprinsipp på kollektivt nivå som ble inntatt i Jakhelln 1985. Jakhelln kritiserer der Evju for å legge for mye vekt på uttalelsen i ARD-1936-127, særlig da dette var et obiter dictum.

Et tilsvarende syn som Jakhelln 2004 inntas av Storeng/Beck/Due Lund s. 71-72.

I 1993 ga Kommunal- og arbeidsdepartementet Arbeidsrettsrådet i oppdrag å utarbeide en rapport som skulle danne grunnlaget for forslag til ny arbeidstvistlov.⁸⁰ Utvalget skulle særlig ”*vurdere forholdene der det er flere konkurrerende fagforeninger innen det samme tariffområdet*”⁸¹ Utredningsarbeidet resulterte i NOU 1996:14 hvor situasjonen de lege lata beskrives slik:

”En arbeidsgiverorganisasjon eller arbeidsgiver som er part i en tariffavtale, kan ikke inngå avvikende tariffavtale med andre parter innenfor det samme virkeområde.

[...] Det antas å følge av ulovfestet rett at arbeidsgiversiden i alminnelighet vil ha en tariffmessig plikt overfor sin tariffmotpart til ikke å inngå avvikende tariffavtaler med andre. Dette ble første gang berørt av Arbeidsretten i ARD-1936-127. De grunnleggende hensyn bak ufravikelighetsnormene er at hvis arbeidsgiver fritt skulle kunne inngå avvikende avtale, ville den først inngåtte avtale lett kunne omgås eller undergraves.

[...] ikke krav om fullstendig identitet mellom tariffavtaler [...] Avgjørende er om de over tid generelt sett leder til en reell likebehandling.

⁷⁸ Fougner 1999 s. 61 i note 55 vises det til Evju 1990 s. 251.

⁷⁹ Jakhelln 2004 s. 520.

⁸⁰ Arbeidsrettsrådet var et permanent rådgivende organ for Kommunal- og arbeidsdepartementet bestående av representanter fra LO, NHO og myndigheten. Rådet ble avviklet i mars 1999.

⁸¹ Brev fra kommunal- og arbeidsminister Gunnar Berge til Arbeidsrettsrådet datert 11. november 1993, se NOU 1996:14 s. 10.

[Begrunnelsen for ufravikelighetsnorm ble hevdet å være at] ”hvis arbeidsiver fritt skulle kunne inngå avvikende tariffavtale, ville den først inngåtte avtale lett kunne omgås eller undergraves.”⁸²

NOU 1996:14 inneholdt også et vedlegg skrevet av advokat Tarjei Thorkildsen hvor det bl.a. heter at det:

”må [...] kunne antas at en arbeidsgiverforening krenker sin tariffplikt dersom den i en senere avtale binder seg til vilkår som fører til en reell forskjellsbehandling mellom de ulike grupper av arbeidstakere [...] Det er likevel neppe slik at ethvert avvik vil være tilstrekkelig til å konstatere tariffbrudd. Forskjellen må være av en viss størrelse.”⁸³

Arbeidsrettsrådet foreslo at de ulovfestede ufravikelighetsvirkninger burde lovfestes og utvides slik at en tariffavtale inngått av en hovedorganisasjons på arbeidstakersiden skulle gjøres ufravikelig overfor tariffavtaler inngått av frittstående organisasjoner i samme tariffområde.⁸⁴ Forslaget høstet støtte hos LO, arbeidsgiversiden og YS (dog betinget). AF og de frittstående fagforeninger gikk alle i mot, da de mente at forslaget ville innebære en sterk innskrenkning i streikeretten og til dels også var problematisk i forhold til folkeretten. Arbeidsrettsrådets forslag ble forkastet og rådet ble avvirket i mars 1999.⁸⁵

I 1999 ble Stabelutvalget oppnevnt for å fortsette der Arbeidsrettsrådet slapp. Utvalgets arbeid ble lagt frem i NOU 2001:14 hvor det mht. ufravikelighetsprinsippet bl.a. heter:

”[D]et [har] vært antatt å følge av ulovfestet rett at det foreligger begrensninger i hvert fall for arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler med andre arbeidstakermotparter.”⁸⁶

”[...] Utvalget legger til grunn at det finnes et ufravikelighetsprinsipp i gjeldende rett, selv om omfanget er omstridt. Senere tariffavtaler som avviker fra tidligere på en slik måte at dette fører til reell forskjellsbehandling av tariffbundne

⁸² NOU 1996:14 s. 27.

⁸³ Thorkildsen 1996 s. 66.

⁸⁴ Se NOU 2001:14 s. 61 flg. Om forslagens forhold til folkeretten, se Uggerud.

⁸⁵ Jfr. Fougner 2004 s. 33.

⁸⁶ NOU 2001:14 s. 85.

arbeidstakere når det gjelder deres materielle lønns- og arbeidsvilkår, vil derfor kunne være tariffstridig.”⁸⁷

Stabelutvalget gikk ikke inn for å endre rettstilstanden på dette punkt.⁸⁸ Det har ikke senere vært iverksatt noe lovgivningsarbeid med tanke på å lovregulere eller å endre ufravikelighetsprinsippet. Ufravikelighetsprinsippet er imidlertid omtalt i andre lovgivningsarbeider.⁸⁹

Da verken NOU 1996:14 eller NOU 2001:14 resulterte i en lovregulering av de ulovfestede ufravikelighetsnormer/virkninger, må de på dette område snarere betraktes som juridisk teori enn forarbeider. Hvordan man velger å se på dette har neppe noen praktisk betydning.

Det syn som er kommet frem i den juridiske teori kan sammenfattes slik: Ved å inngå en tariffavtale forplikter arbeidsgiver seg til ikke å inngå en konkurrerende tariffavtale med avvikende lønns- og arbeidsvilkår som over tid vil føre til en reell forskjellsbehandling. Jakhelln og Storeng/Beck/Due Lund skiller seg fra de øvrige i det de hevder at arbeidsgiver kun er forpliktet til ikke å inngå senere tariffavtale med *dårligere* vilkår.

Rettskildemessig skal det bemerkes at fremstillingene bygger sine ufravikelighetsbetraktninger på både forutsetningsbetraktninger, rettspraksis og henvisning til annen teori. Ufravikelighetsnormen synes dermed å ha utviklet seg i en vekselvirkning mellom teori og praksis. Den opprinnelige tanke synes dog å være at ufravikelighetsprinsippet bygger på en forutsetningsbetraktning som er bekreftet gjennom Arbeidsrettens praksis, tilsvarende som ved ufravikelighetsprinsippets betydning overfor uorganiserte.⁹⁰

Når begrepet ”*ufravikelighetsprinsippet*” i det følgende blir benyttet uten nærmere presisering, er det dette ulovfestede ufravikelighetsprinsipp på kollektivt nivå det vises

⁸⁷ *ibid.* s. 86.

⁸⁸ *ibid.* s. 88

⁸⁹ Se Ot.prp. 104 (2002-2003) s. 40 og NOU 2004:5 s. 397.

⁹⁰ Se kapittel 3.2.3

til. Tidvis vil begrepet ”ufravikelighetsnorm” bli brukt i stedet for ”ufravikelighetsprinsippet”.

4.3 Anført kritikk av ufravikelighetsprinsippet

Selv om ufravikelighetsprinsippet synes alminnelig akseptert i juridiske teori, er det også anført en del kritikk mot prinsippet. Kritikken har først og fremst hvert rettet mot de mangelfulle sidene ved prinsippets, samt dets forhold til organisasjonsretten.

4.3.1 Vurderingstemaets svakheter

Opprinnelig var de fleste tariffavtaler normallønnsavtaler, dvs. avtaler hvor lønnen var angitt nøyaktig, f.eks. pr. time, dag eller måned. I dag er det derimot svært utbredt med minstelønnsavtaler hvilket vil si at avtalen angir en minstelønn, men at partene lokalt står fritt til å avtale høyere lønn. Videre forekommer det at tariffavtalen ikke har lønnsbestemmelser i det hele tatt, slik at all lønnsdannelse skjer etter drøftinger med den enkelte ansatte eller ensidig av arbeidsgiver i kraft av styringsretten. Videre kan f.eks. den ene foreninger prioritere lønn, mens den andre f.eks. prioriterer fritid. Avtalene vil dermed kunne få for ulik innretning. Denne utviklingen har gjort det vanskeligere å sammenligne lønns- og arbeidsvilkår på tvers av tariffavtalene. Det vil dermed kunne by på alvorlige tolkningsproblemer å avgjøre om en tariffavtale innebærer merkbart dårligere eller bedre lønns- og arbeidsvilkår enn en annen. Stabelutvalget var inne på dette, men kom til at dette ikke var tilstrekkelig til å hevde at dette førte til en endring av rettstilstanden.⁹¹

4.3.2 Rangspørsmålet

Ufravikelighetsprinsippet regulerer ikke hvilken - ved valg mellom flere – som er den ufravikelige. Jakhelln uttrykker det slik:

“Men hvor to eller flere tariffavtaler foreligger, oppstår spørsmålet om det er den ene, annen eller tredje tariffavtale som ikke skal kunne fravikes. For valget mellom de avvikende tariffavtaler gir ufravikelighetsprinsippet ingen veiledning, med mindre det suppleres med presiserende regler, f.eks. om at den tariffavtale

⁹¹ Jfr. NOU 2001:14 s. 86.

skal legges til grunn som først ble opprettet; eller den fagorganisasjon som organiserer de fleste – eller mer enn halvparten – av arbeidstakerne, på vedkommende arbeidsplass; i vedkommende yrke osv. Slike regler foreligger ikke.”⁹²

Dette illustrerer at det kan være svært vanskelig å praktisere et ufravikelighetsprinsipp. Det er også de lege ferenda vanskelig å finne et godt kriterium. F.eks. har tidskriteriet den svakhet at tariffforhandlingene ikke nødvendigvis foregår samtidig eller i nær rekkefølge. Hva menes med først, først i inneværende tariffperiode, og i tilfelle hvilken tariffperiode osv. Foruten Jakhelln 1985 er rangspørsmålet ikke viet oppmerksomhet i de teoretiske fremstillinger, men det kan synes som om Stabelutvalget indirekte legger til grunn tidskriteriet, se NOU 2001:14 s. 86.

4.3.3 Manglende rettsvirkninger

En annen kritikk som har vært reist er at ufravikelighetsprinsippet tilsynelatende ikke oppstiller særskilte rettsvirkninger ved brudd. F.eks. vil ikke brudd på ufravikelighetsprinsippet føre til at den avvikende tariffavtale kan kjennes ugyldig. Man er følgelig henvist til å behandle dette som et hvilket som helst annet tariffbrudd, slik at de sanksjonsmuligheter som i utgangspunktet står til rådighet er fastsettelsesdom for tariffbrudd og eventuelt erstatning jfr. arbtvl. § 4. Dette vil kunne hindre en effektiv etterlevelse av prinsippet, noe som var bakgrunnen for Arbeidsrettsrådets forslag om ugyldighetsvirkning i NOU 1996:14, se særlig s. 67. Det vises for så vidt til kapittel 8 for nærmere drøftelser av mulige rettsvirkninger.

4.3.4 Forholdet til den kollektive organisasjonsrett

Det har vært hevdet at ufravikelighetsprinsippet kan være i strid med den kollektive organisasjonsrett da fagforeningene ikke vil ha en reell forhandlingsrett.⁹³ Dette fordi den tariffavtale arbeidsgiver allerede har inngått med en fagforening vil danne rammene for hvilken tariffavtale den utenforstående fagforening kan oppnå.

⁹² Jakhelln 1985 s. 234.

⁹³ Jfr. f.eks. adv. Einar Østerdahl Poulssons foredrag ”Kjetterske tanker om ufravikelighetsprinsippet”, Norsk Arbeidsrettslig Forening 2. november 2004.

Både EMK art. 11, SP art. 22, ØSK art. 8, ESP art. 6 og ILO konv. 87 og 98 anerkjenner fagforeningenes rett til å fremme medlemmenes interesser. Et nærliggende virkemiddel i så henseende er å fremforhandle og inngå tariffavtaler.⁹⁴ Inngåelse av tariffavtale er velegnet til dette. Fagforeningene kan imidlertid også fremme medlemmenes interesser på andre måter. I forhold til EMK art. 11 nr. 1 har EMD i en rekke saker anlagt et slikt synspunkt. I *Swedish Engine Drivers Union v. Sverige A 20 (1976)* var spørsmålet om den svenske stat som arbeidsgiver kunne nekte å inngå tariffavtale med fagforeningen for å begrense antall tariffavtaler. Domstolen kom til at konvensjonen ikke vernet en eksplisitt rett til å slutte tariffavtaler og uttalte i premiss 40:

“[T]he members of a trade union have a right, in order to protect their interests, that the trade union should be heard. Article 11 - 1 certainly leaves each State a free choice of the means to be used towards this end. While the concluding of collective agreements is one of these means, there are others. What the Convention requires is that under national law trade unions should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive for the protection of their members' interests.”⁹⁵

Olsson legger til grunn at verken EMK art. 11 nr. 1, SP art. 22, ØSK art. 8, ESP art 5 og 6 og ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 ”...innefatter ... något instrument en konkret rätt för en fackförening att inträda i förhandling med en arbetsgivare.”⁹⁶ Olsson nevner dog at det kan være problematisk i forhold til ØSK art. 8 at forhandlingsretten er forbeholdt de mest representative foreninger. Skepsisen er begrunnet i faren for at nye og mindre fagforeningers muligheter til å fremme sine medlemmers interesser svekkes.⁹⁷ Det er dermed ikke utenkelig at ufravikelighetsprinsippet kan være i strid med organisasjonsrettens vern i ØSK art. 8. Sikkert er dette dog ikke, da ufravikelighetsprinsippet ikke direkte forbeholder forhandlingsretten til enkelte foreninger, men begrenser muligheten til å inngå avvikende avtaler.

⁹⁴ Jfr. NOU 2001:14 s. 43.

⁹⁵ Se forøvrig EMD *National Union og Belgian Police v. Belgia A 19 (1975)*, Møse s. 488-491, Fougner 2004 s. 61-63.

⁹⁶ Olsson 2003 s. 371.

⁹⁷ Jfr. Olsson 2003 s. 240.

Lengst i å fastlegge det nærmere innholdet av forhandlingsretten går trolig ILO-konvensjon nr. 98. Art. 4 pålegger de kontraherende stater aktivt å tilrettelegge og oppmuntre til frivillige forhandlinger og regulering av arbeidsvilkår gjennom tariffavtaler.⁹⁸ Det kan imidlertid ikke pålegges noen plikt for arbeidsgiver til å inngå tariffavtaler; arbeidsgiver står fritt til ikke å inngå avtale. Videre er det antatt at det ikke vil være i strid med konvensjonen å forbeholde forhandlingsretten de mest representative fagforeninger hvis dette gjøres for å skape rasjonelle og enkel forhandlingsordninger.

Hvilken fagforening som skal anses mest representativ må avgjøres ut fra kriterier som er egnet til å oppfylle formålet og som er kjent på forhånd. Videre bør fagforeningene på et hvert tidspunkt kunne få vurdert hvorvidt de er å regne som representative eller ikke.⁹⁹ Ekspertkomitéen har fastslått at dersom forhandlingsretten er begrenset til en eller noen fagforeninger, må disse gjennom lov eller praksis pålegges en plikt til å representere alle arbeidstakere innenfor området.¹⁰⁰ Også etter ESP art. 6 vil en slik særstilling for de mest representative foreninger være konvensjonsmessige.¹⁰¹

I rapporten "Arbeidstvistlov og menneskerettigheter" fra 1997 vurderer Ken Uggerud Arbeidsrettsrådets forslag i NOU 1996:14 opp mot organisasjonsretten. Uggerud kommer der til at en lovfestet regel som innebærer at frittstående fagforeningers tariffavtaler er ugyldige i den grad de avviker fra en hovedorganisasjons konkurrerende avtale, vil være i strid med ILO-konv. nr. 98. Dette fordi hovedorganisasjonene ikke nødvendigvis, spesielt på virksomhetsnivå, vil være den mest representative forening. Det vil dermed ikke være i overensstemmelse med konvensjonen å gi disse en særstilling.¹⁰² Det samme kan ikke uten videre legges til grunn for det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp. For det første er prinsippet så vidt upresist definert og avgrenset at det av den grunn kan være vanskelig å ta stilling til dens forhold til konvensjonen. Bl.a. tar prinsippet ikke stilling til hvilken av de avvikende avtaler som skal legges til

⁹⁸ Jfr. NOU 2001:14 s. 43.

⁹⁹ Jfr. NOU 2001:14 s. 44, Olsson 2003 s. 190, Fougner 2004 s. 74.

¹⁰⁰ Olsson s. 143 med videre henvisning til konvensjonspraksis.

¹⁰¹ Jfr. Olsson s. 270.

¹⁰² Uggerud s. 223-225.

grunn som ufravikelig. En mulighet kunne være å tolke prinsippet i lys av ILO-konv. 98 slik at ufravikelighetsvirkninger tillegges den mest representative forenings tariffavtale. Det er imidlertid ikke sikkert dette er nødvendig, de forhold som har vært drøftet i forhold til ILO-konvensjonen er der hvor forhandlingsretten er forbeholdt noen foreninger. Ingen forening vil iht. ufravikelighetsprinsippet være avskåret fra å forhandle med arbeidsgiver. Videre vil arbeidsgiver ha kompetanse til å inngå avvikende avtaler selv om dette bringer ham i mislighold i forhold til den første avtalen.¹⁰³ Det tradisjonelle ufravikelighetsprinsipp inneholder ingen ugyldighetsregel slik som Arbeidsrettsrådets forslag. Det tradisjonelle ufravikelighetsprinsipp vil dog kunne føre til at fagforeningenes muligheter til å inngå avvikende avtaler rent faktisk svekkes. Om dette er tilstrekkelig for å konstatere brudd på forhandlingsretten i ILO-konv. nr. 98 er tvilsomt.

Det må etter dette anses som ytterst tvilsomt om ufravikelighetsprinsippet vil være i strid med organisasjonsretten.

4.4 En foreløpig kritikk og veien videre

Med unntak av Evju 1982, Jakhelln 1985 og Thorkildsen 1996, synes de teoretiske fremstillingene ikke å bygge på selvstendige resonnementer, kun en bekreftelse og systematisering av tidligere teoretiske arbeider. Videre er Evju 1982, med unntak av Jakhelln 1985 lite utfordret i den senere litteratur. Den kritikk som har vært anført har stort sett vært rettet mot ufravikelighetsprinsippets mangler, ikke hvilket rettslig grunnlag normen kan sies å bygge på jfr. kapittel 4.3.

Videre gis ARD-1936-127 en svært sentral rolle, uten at dens relevans for situasjonen i dag vurderes nærmere. Dette til tross for dommens alder og den utvikling det organiserte arbeidsliv og arbeidsretten har gjennomgått de siste seksti år.

I kapittel 5 gjennomgås den rettspraksis som i teorien er tatt til inntekt for å bekrefte en ufravikelighetsnorm og i kapittel 6 og 7 skal vi se nærmere på hvilke forutsetningsbetraktninger normen kan tenkes å bygge på.

¹⁰³ Nærmere om dette i kapittel 8.6.

5 En gjennomgang og analyse av Arbeidsrettens praksis

5.1 Innledende bemerkninger

Som vist ovenfor bygger ikke de teoretiske fremstillinger på at ufravikelighetsprinsippet først og fremst er en domstolskapt norm, men bygger på forutsetningsbetraktninger. Like fullt tas Arbeidsrettens praksis til inntekt for at det gjelder en slik norm. Uskrevne rettsregler kan dog sjelden knyttes direkte på kun en enkelt rettskilde, ofte vil slike rettsregler utvikle seg i et samspill mellom ulike rettskilder som for eksempel teori, praksis og mer alminnelige prinsipper som f.eks. avtalerettslige forutsetningsbetraktninger. Videre vil de ulike kildene gjennom vekselvirkninger totalt sett fremstå som tyngre enn summen av alle kildene vurdert separat.

I dette kapittelet skal vi se nærmere på de avgjørelser av Arbeidsretten som har vært tatt til inntekt for å underbygge ufravikelighetsprinsippet.

Innledningsvis ser jeg grunn til å foregripe begivenhetene noe med å bemerke at dommen inntatt i ARD-1936-127 står i en særstilling. Dette er den eneste avgjørelsen hvor retten direkte uttaler seg om arbeidsgivers rett til å inngå avvikende tariffavtaler. Av den grunn er dommen som viet atskillig plass i den juridiske teori. Det er imidlertid kun dommens premisser og uttalelser som er behandlet. Så vidt vites er det ikke gjort en nærmere analyse av dommens faktiske bakgrunn og dermed heller ikke vurdert dens rettskildemessige vekt for fastleggelsen av gjeldende rett i dag. Dette er det i kapittel 5.2.2 forsøkt bøtet på ved en gjennomgang av dommens organisasjonsmessige, historiske og rettslige kontekst. Disse forholdene er viktige for å forstå rettens uttalelser. Den mangelfulle behandlingen av disse sidene av dommen i den juridiske teori forsvares at dommen blir viet betydelig plass i denne oppgaven. I dette arbeidet er foruten dommens saksmappe en rekke historiske fremstillinger benyttet som kildemateriale.

Flere andre dommer er dels tatt til inntekt for å følge opp ARD-1936-127, dels for en videreføring og utvikling av ufravikelighetsprinsippet. Gjennomgående for disse dommene er at de ikke direkte gjelder arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler, men det kan synes som om retten ved avgjørelsen av andre spørsmål

indirekte legger til grunn at det gjelder en ufravikelighetsnorm. Dommene blir gjennomgått i kapittel 5.3. Det vil fortløpende bli vist til steder i teorien hvor dommene er omhandlet. Det er også gjort selvstendige søk i Lovdata og foretatt egne analyser av andre dommer, uten at det er funnet ytterligere avgjørelser som kan tas til inntekt for et ufravikelighetsprinsipp.

I kapittel 5.4 kommer en sammenfatning og vurdering av hvilken norm som kan utledes av Arbeidsrettens praksis.

5.2 ARD-1936-127 "Tømmerkjørerdommen"

5.2.1 Dommens uttalelser og premisser

Problemstillingen i dommen var om Trysilvassdragets arbeidsgiverforening (TVA) hadde begått et tariffbrudd overfor tariffmotparten Norsk Skog- og Landarbeiderforbund (Skog og Land) ved senere å inngå en avvikende tariffavtale med Trysil frie faglige arbeiderlag (TFFA).

Under tariffforhandlingene med Skog og Land i 1935 ble det i tariffavtalen for første gang inntatt faste takster for tømmerkjøringen. Dette var for Skog og Land en stor seier, da dette skulle bidra til at både foreningen og den enkelte kjører lettere kunne kontrollere at tariffavtalens satser ble fulgt, samt at godtgjørelsen presumptivt ble høyere.¹⁰⁴ I den tariffavtale Trysilvassdragets arbeidsgiverforening noen dager senere inngikk med TFFA, fulgte man imidlertid det gamle system hvoretter prisen for kjøringen, innenfor nærmere fastsatte rammer skulle fremforhandles mellom kjører og arbeidsgiver i hvert enkelt tilfelle.

Innledningsvis i dommen slår Arbeidsretten fast (131) *"at det ikke er noe til hinder for, at en arbeidsgiverforening samtidig kan ha tariffavtale med mer enn en arbeidersammenslutning."* Dette utgangspunktet moderes imidlertid ved at *"det prinsipp, som er uttalt i Arbeidsrettens dom av 15. mars 1922 i samlingen 1922 side 50, at arbeidsgiveren ikke må lønne noen av sine folk under gjeldende tariffavtales satser –*

¹⁰⁴ Jfr. stevningen fra LO datert 4. februar 1936, s. 1 og 3 i Dok. 1 i saksmappen.

hva enten de er organiserte eller ikke – må gjelde også mellom de forskjellige arbeiderforeninger eller deres medlemmer.” Rettens begrunnelse i ARD-1922-50 var som vist i kapittel 3.2.3 at: *”[t]ariffavtalen må hvile på den naturlige forutsetning at selskapet ikke gjennom forhyring av uorganiserte skulde kunne skaffe sig billigere arbeidshjelp enn i tariffavtalen bestemt. Tariffavtalens lønssatser vilde ellers bli av ringe verdi for de organiserte arbeidere.”*

Med henvisningen til ARD-1922-50 er det nærliggende å forstå retten slik at den antar at en tariffbundet arbeidsgiver, på samme måte som overfor uorganiserte arbeidstakere vil kunne være interessert i å tilby den konkurrerende fagforening en tariffavtale på dårligere vilkår. Den konkurrerende fagforening vil under forhandlingene gjennomgående stå sterkere enn den uorganiserte arbeidstaker, men det kan ikke utelukkes at den ved å akseptere dårligere vilkår vil gjøre sine medlemmer mer attraktive for arbeidsgiver og dermed utkonkurrere den første fagforenings medlemmer.

Dersom Trysilvassdragets arbeidsgiverforening hadde inngått den avvikende avtale for å presse ut arbeidstakerne organisert i Skog og Land, ville tariffavtalen for Skog og Lands vedkommende mistet sin betydning. Det er nærliggende å anta at en slik opptreden ville fremstå som en illojal og tariffstridig handling overfor Skog og Land.¹⁰⁵ Det fremkom imidlertid under hovedforhandlingen at det var TFFA, og ikke Trysilvassdragets arbeidsgiverforening, som hadde fremmet krav om de avvikende vilkår.¹⁰⁶ Retten kom derfor til at det måtte (132) *”være helt på det rene, at der ikke fra Skogeierforeningens side er vist noen illojalitet overfor forbundet.”*

TFFAs motiv for å inngå den avvikende bestemmelsen ble av Arbeidsretten ansett som så sentralt at retten ved likelydende brev av 11. juni 1936 ex officio innstevnet både nestleder Elgshøen og tillitsmann i TFFA, Jon M. Berg som vitner i saken.¹⁰⁷ I brevet heter det at *”det er av særlig betydning å få oplyst, hvorfor Deres forening ønsket*

¹⁰⁵ Se nærmere om lojalitetsplikten i tariffavtaleforhold i kapittel 10.

¹⁰⁶ Som bevis for at de avvikende vilkår ble inntatt etter initiativ fra TFFA la Trysilvassdragets arbeidsgiverforening i retten frem en skriftlig erklæring fra TFFAs nestleder P. O. Elgshøen hvor det het at *”det var efter krav fra oss at de avvikende bestemmelser for fastsettelsen av kjøpreiser blev inntatt i vor overenskomst med T.V.A.”*, se saksmappe ARD-1936-127, bilag 1 til TFAs tilsvarende av 10. mars 1936.

¹⁰⁷ Se saksmappe ARD-1936-127.

inntatt i overenskomsten med Trysilvassdragets Arbeidsgiverforening andre bestemmelser for fastsettelse av kjøpreisen enn fastsatt i denne foreningens tariffavtale med Skog- og Landarbeiderforbundet.” Det fremgår av dommen at TFFA anså sine medlemmer å være bedre tjent med at godtgjørelsen ble fremforhandle i hvert enkelt tilfelle enn som følge av faste takster.

Da retten ikke fant det bevist at TFFAs tariffavtalen de facto medførte dårligere lønnsvilkår, ble Trysilvassdragets arbeidsgiverforening frifunnet for Skog og Lands påstand om tariffbrudd. Uttalelsen om at den tariffbundne arbeidsgiver ikke kan lønne organiserte i en annen forening lavere enn det som følger av den allerede inngåtte tariffavtale, var dermed ikke nødvendig for det resultat retten kom fram til, og må således vurderes som et obiter dictum.¹⁰⁸ Iht. alminnelig rettskildelære bør det utvises noe varsomhet med å utlede prejudikatsvirkninger av slike obiter dicta.¹⁰⁹ Hvorfor retten fant grunn til å komme med denne uttalelsen, var muligens at det ikke var en uaktuell problemstilling at enten arbeidsgiver eller den konkurrerende forening både var villige til, og hadde muligheten til å utkonkurrere den fagforening som allerede hadde et tariffordnet forhold til arbeidsgiver. En slik opptreden ville bryte fullstendig med den kollektive tanke hele tariffsystemet er tuftet på og undergrave arbeidstakerens muligheter til å fremforhandle gode lønns og arbeidsvilkår.

For at avvikende avtaler skal kunne få en slik virkning, kreves det at fagforeningene er villige til å la seg spille opp mot hverandre og at arbeidsgiver har en reell mulighet til å selekttere sin arbeidskraft etter dennes organisasjonstilknytning. Hvorvidt dette var tilfelle i ARD-1936-127 er tema i det følgende.

¹⁰⁸ Slik også Jakhelln 1985 ”Retten tok imidlertid den reservasjon – som likevel ikke fikk noen betydning for resultatet at prinsippet om at arbeidstakerne ikke måtte bli lønnet ”under gjeldende tariffavtals satser” uansett organisasjonsforhold også måtte få anvendelse i forholdet mellom forskjellige arbeidstaker-organisasjoner. Et ufravikelighetsprinsipp er forutsetningsvis kommet til uttrykk i premissene, men kan ikke sees å ha hatt noen betydning for det resultat Arbeidsretten kom til.”

¹⁰⁹ Nærmere om obiter dicta i kapittel 5.4.

5.2.2 Dommens faktiske og rettslige bakgrunn, en historisk ekskurs

For å forstå hvilket konkurranseforhold det var mellom Skog og Land og TFFA, må man se noe nærmere på den organisasjonsmessige situasjonen i skogbruksnæringen.

5.2.2.1 Skogsarbeiderne organiserer seg

Akkord-avtaler, enten tidsbegrensede eller inngått for et bestemt avgrenset arbeid, var de vanligste avtalevarianten i skogbruket på begynnelsen av 1900-tallet. Det var som regel overskudd på arbeidskraft og arbeidet ble fordelt ved lisitasjon, det vil si auksjonert bort til den arbeider eller arbeidslag som kunne utføre jobben til lavest pris. Dette medførte nødvendigvis at lønnsnivået for skogsarbeiderne ble liggende på et minimum.¹¹⁰ Skogsarbeiderne innså behovet for en kollektiv opptreden og de første spede organisasjonsforsøkene med påfølgende aksjoner skjedde ved århundreskiftet.¹¹¹ Skogeierne møtte organiseringen av skogsarbeiderne og deres krav om tarifforhandlinger med utestengelse og blokade. Etter flere turbulente år med etableringer av ulike skogsarbeiderforeninger både i og utenfor LO-systemet, ble LO-forbundet Norsk Skog- og Landarbeiderforbund (Skog og Land) stiftet i 1927.¹¹² Dette skjedde i etterkant av den såkalte Julussa-konflikten som for alvor fikk LO til å se hvilket potensiale det lå i en landsomfattende organisasjon for skog- og landarbeidere.

I elva Julussa ble det drevet utstrakt fløtevirksomhet og arbeidet ble fordelt ved lisitasjon. Elverum bygdeorganisasjon av skog- og fløterforeninger fremmet krav om tariffavtale med fastsatte takster for arbeidet. Fløtestyret fryktet bl.a. at de organiserte skulle kreve fløterarbeidet forbeholdt organiserte, altså et krav om monopolisering, hvilket man fant uakseptabelt. Kravet om tariffavtale ble avvist og arbeidsgiver satte sammen arbeidslag av uorganiserte. Under den påfølgende anbudsrunden la også organiserte fløterlag inn anbud, og til tross for at noen av disse innga lavere anbud enn de uorganiserte, var det de sistnevnte som fikk tilslaget. Lokale fløtere som hadde fløtet i Julussa en mannsalder, sto nå uten arbeid og blokade av elva ble iverksatt. Politimesteren i Elverum var engstelig for at det ville komme til håndgemeng og rekvirerte derfor 70 polititjenestemenn fra Oslo for å sikre at de uorganiserte fikk utføre sitt arbeid. Da ca. 170 gardister i samme hensikt ble forlagt på Terningmoen ved Elverum, eskalerte konflikten. De organiserte angrep fløterne og troppet ved en anledning opp med over 250 mann hvorav ca. 50 var utstyrt med gevær. Etter forhandlinger med politiet ble demonstrasjonen oppløst. De uorganiserte gjennomførte fløtingen og konflikten førte ikke til at det ble opprettet noen

¹¹⁰ Halberg 1993 s. 18 og Braaten s. 24-25.

¹¹¹ Halberg 1993 s. 35 og Vevstad s. 13.

¹¹² Halberg 1993 s. 94 og Braaten s. 19.

tariffavtale, men de organisertes motstand hadde kostet skogeierne mye, både i form av penger og prestisje. De organiserte hadde også opparbeidet seg respekt og forståelse ut over egne kretser og konflikten ble gjenstand for en interpellasjon i Stortinget. Videre ble fem av demonstrantene stilt for retten for voldeligheter og opptøyer. Kun tre ble dømt og da til forholdsvis milde straffer hhv 21, 40 og 40 dagers betinget fengsel. Konflikten spredte seg også til andre vassdrag.

Fra begynnelsen av tyve-årene og frem til dannelsen av en lokal forening i 1927, var det ingen organiserte skogsarbeidere i Trysil. Dette lokallaget gikk i 1928 inn i Skog og Land, og det var denne foreningen som i 1936 stevnet Trysilvassdragets arbeidsgiverforening inn for Arbeidsretten.¹¹³

5.2.2.2 Skogeierne organiserer seg

For mange skogeiere var det utenkelig å ta Skog og Lands krav om tariffavtaler til følge. Det var en utbredt holdning at man ved å innlate seg på forhandlinger med forbundet samtidig akseptere arbeidernes organisasjonsrett. Etter hvert som stadig flere skogsarbeidere organiserte seg og fløtingselvene oftere ble utsatt for blokade, begynte skogeierne å tvile på om de var best tjent med å engasjere uorganiserte.¹¹⁴ Skogeierne var drevet på defensiven og noe måtte gjøres. Den 17. september 1928, ca. ett år etter opprettelsen av Skog og Land, ble Skogeiernes arbeidsgiverforening (SA) stiftet. Iht. vedtektene skulle styret føre forhandlinger om generelle bestemmelser på vegne av alle medlemmene. Videre skulle ingen av medlemmene føre direkte lønnsforhandlinger med Skog og Land uten først å ha konferert med styret i SA. Opprettelsen av SA må nok snarere ses som et resultat av en pragmatisk opptreden fra skogeiernes side enn en prinsipiell aksept av arbeidstakernes organisasjonsrett. Mange skogeiere var skeptiske til en felles arbeidsgiverforening og valgte å stå utenfor denne. Kollektiv opptreden var for mange en fremmed tanke og mange mindre skogeiere var også redde for at de store skogeieren skulle bli for dominerende.¹¹⁵ Trysilvassdragets arbeidsgiverforening som var den innstevnede part i ARD-1936-127, var *ikke* tilknyttet SA.¹¹⁶

¹¹³ Ødegård s. 169 og Ousland II s. 507, i 1928 ble foreningen tilknyttet det nyopprettede Norsk- Skog og Landarbeiderforbund.

¹¹⁴ Halberg 1993 s. 103.

¹¹⁵ Jfr. Halberg 1993 s. 103 flg. med videre henvisninger.

¹¹⁶ Jfr Ousland II, s. 507 og 511 og Halberg 1993 s. 154. Først i 1937 gikk Trysilvassdragets arbeidsgiverforening inn i Skogeiernes arbeidsgiverforening.

5.2.2.3 Korporativisme og de "frie, gule forbund"

Et alternativ til den sosialistiske organiseringen tuftet på klassekamp mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden, var en felles organisering av skogeierne og skogsarbeiderne etter en korporativ modell. I 1926 skrev skogeier Svein Meldieseth følgende i avisa Østlendingen: *"Skulle ikke tiden være inne til å danne en forening på landsbygden bestående av skogens og jordens arbeidsgivere og arbeidere?"* En slik idé ble forsøkt praktisert i Austmarkakonflikten i 1927, samme år som Julussa-konflikten.¹¹⁷ Arbeidsgiver dannet der en forening for uorganiserte arbeidstaker og tok kun disse inn i arbeid. Etter flere aksjoner fra Skog og Land, måtte imidlertid arbeidsgiver resignere og medlemmer av fagforeningen igjen tatt inn til arbeid.

Austmarka Skog- og Landarbeiderforbund fremmet høsten 1927 krav om tariffavtale for arbeid i skogen til firmaet Anders H. Kiær & co. Kiær avviste kravet, noe som førte til at Skog og Land gikk til blokade av virksomheten. Kiærs skogssjef fikk gjennom en lokal stråmann på vinteren stiftet foreningen Arbeidets Frihet.¹¹⁸ Denne foreningen kun tok opp arbeidere som ikke sto tilsluttet Skog og Land.¹¹⁹ Slike foreninger som i realiteten var organisert av arbeidsgiverne eller sto utenfor LO-systemet, fikk raskt tilnavnet "gule forbund". Kiær inngikk avtale med Arbeidets Frihet og skogsarbeidet ble satt i gang. Skog og Land svarte med til dels voldelige aksjoner hvor de forsøkte å jage vekk "de gule". Beveggrunnene for de som gikk inn i Arbeidets frihet var nok varierende. Enkelte gjorde det av rent praktiske og økonomiske grunner; de trengte arbeid. For andre dreide det seg om et klart politisk standpunkt mot den sosialistiske arbeiderbevegelse. Rekrutteringen til Arbeidets Frihet var imidlertid ikke særlig god og da Skog og Land i samme periode opplevde en markant medlemsvekst, tok Kiær igjen inn de fagorganiserte.¹²⁰ I løpet av april 1928 var forholdet mellom Kiær og Skog og Land normalisert. Selv om flere av aksjonistene fra Austmarka-konflikten ble tiltalt og dømt etter den såkalte tukthusloven, anså

¹¹⁷ Se Braaten s. 28-29.

¹¹⁸ Dette etter inspirasjon fra det svenske "Centralförbundet För Arbetets Frihet." Foreningen var den første "frie forening" i Norge jfr. Halberg 1993 s. 99. "Arbeidets frihet" ble siden slutten av 1800-tallet brukt som et slagord for de uorganisertes rett til arbeid og arbeidsgivers rett til å benytte seg av uorganisert arbeidskraft, jfr. Gyldendals konversasjonsleksikon 1933. I 1931 ble *Landslaget* Arbeidets Frihet opprettet.

¹¹⁹ Se Braaten s. 28.

¹²⁰ Halbergs 1993 s. 97 flg.

fagbevegelsen konflikten som en stor seier for skogsarbeidernes organisasjonsrett.¹²¹

Austmarka-konflikten var den første store konflikten det nyopprettede Skog og Land hadde med arbeidsgiversiden.

Til tross for både opprettelsen av SA og Austmarkakonflikten, var ikke tanken om en korporativ organisering av skogbruksnæringen fullstendig forlatt. Den fascistiske Lappo-bevegelsen i Finland ga inspirasjon for enkelte skogeiere til å starte nye ”frie foreninger”.¹²² Forkjemperne for de frie forbund mente klassekampen var fiktiv, den egentlige fienden var industriarbeiderne og ”plankeadelen” i byene.¹²³ Ved å gi etter for industriarbeidernes arbeidskamp og tariffkrav, hadde lønningene nådd et slikt nivå at industriherrene ikke lenger kunne betale en anstendig pris for tømmeret. I borgelige kretser fryktet man at en aksept av skogsarbeidernes organisasjonsrett ville føre til den samme ødeleggende lønnsdannelse. Svaret på utfordringene var derfor at skogeierne og skogsarbeiderne forente seg i kampen mot industrisektoren. I april 1931 ble Landslaget Arbeidets Frihet opprettet.

I Norsk konversasjonsleksikon Kringla heimsins fra 1931 omtales den svenske søsterorganisasjon til Landslaget Arbeidets Frihets slik:

”[E]n ”borgerlig” arbeiderbevegelse, skarpt innstilt mot de sosialistiske fagforeninger. ”Arbeidets frihet” krever foreningsrett for ”borgerlige” arbeidere, virker for arbeids- og næringsfrihet og støtter på forskjellig måte dem som står i kampforhold til de sosialistiske fagforeninger.”

Skogsarbeiderne kunne nå velge mellom å forbli uorganiserte, organisere seg i en sosialistisk arbeiderbevegelse eller la seg tilslutte en organisasjon med korporative tilsnitt som var oppstått som en motreaksjon på fagforeningenes klassekamp.

¹²¹ Tukthusloven var fagbevegelsens benevnelse på et tillegg som i 1927 kom inn i straffeloven §222. Bestemmelsen satte fengselsstraff for de som forulempet og forhindret arbeidsvillige til å arbeide under streik og blokade. Tukthusloven ble opphevet i 1935.

¹²² Med bakgrunn i de gamle skillelinjene mellom ”de hvite” og ”de røde” under borgerkrigen, ble Lappo-bevegelsen stiftet i den finske kommunen Lappo høsten 1929. Bevegelsen hadde som hovedmål å bekjempe kommunismen og Finlands økonomiske problemer. Lappo-bevegelsen ble raskt dominerende i finsk politikk. Dens ideologi bygde på Mussolinis fascistiske samfunnsmodellen om en korporative stat jfr. Halberg 1993 s. 147.

¹²³ Se også Aschehougs Norgeshistorie bind 10 s. 194.

Mellomkrigstidens dominerende motpoler i europeisk politikk var med dette brakt direkte inn på den norske landsbygda hvor den dannet en klar konfliktlinje. Det vil dog ikke være særlig fruktbart å trekke sammenligningen for langt. ”De gule” kan vel ikke sammenlignes med Mussolinis svartskjorter, men det synes å være et faktum at de ideologiske motsetningene kombinert med den daglige kampen om arbeid førte til et ampert forhold og flere store sammenstøt mellom ”de gule” og ”de røde.” Trysil frie faglige Arbeiderlag (TFFA) som ble stiftet høsten 1930 var et slikt ”gult” forbund.¹²⁴ I forbindelse med stiftelsen av TFFA skrev foreningens første leder, gårdbruker Per O. Elgshøen følgende i avisa Østlendingen:

”Alle dyktige og arbeidsvillige skogsarbeidere oppfordres på det alvorligste om å slutte seg til den i dag stiftede upolitiske fagorganisasjon, som har satt seg som mål å ivareta arbeiderstandens økonomiske interesser og bringe arbeidslivet i normalt gjenge. Den kampmetode som er ført av den gamle organisasjon har vist seg kun å bringe nød og elendighet blant den arbeidende befolkning.”¹²⁵

5.2.2.4 Kampen mellom Trysil frie faglige arbeiderlag og Skog og Land i 1930-årene

I perioden 1930-1937 var Trysil preget av langvarige konflikter hvor det gjennomgående trekk var at arbeidsgiver tok inn ”de gule” og holdt ”de røde” utenfor. Den lengste og mest omfattende var Ljørdals-konflikten som varte fra 1931 og frem til 1937, året etter ARD-1936-127 ble avsagt.

Ljørdalen ligger inn mot svenskegrensen og brorparten av skogen i området var eid av det svenske selskapet Stora Kopparbergs Bergslags A/B. Høsten 1931 satt Stora Kopparbergs Bergslag A/B alt arbeidet bort til Trysil frie faglige arbeiderlag. Skog og Land svarte med blokade og forsøkte også å jage ”de gule” bort. Disse fikk imidlertid vern av både det lokale politiet og Statspolitiet. Konflikten varte helt frem til 1937 da de organiserte igjen fikk arbeide for Stora Kopparbergs Bergslag A/B. Arbeidet ble da regulert gjennom tariffavtale.¹²⁶

¹²⁴ Jfr. Halberg 1993 s. 154.

¹²⁵ Halberg 1993 s. 154.

¹²⁶ Ousland II s. 510 flg. og Halberg 1993 s. 147 flg.

Ljørdalskonflikten markerte slutten på de mange konfliktene i Trysil. Trysilvassdragets arbeidsgiverforening søkte medlemskap i SA og tømmerkjørerne i Trysil frie faglige arbeiderlag ble tvunget til å gå over i Skog og Land.¹²⁷

5.2.2.5 Var Trysil frie faglige arbeiderlag egentlig en fagforening?

En fagforening er enhver sammenslutning av arbeidere hvis formål er å ivareta arbeidernes interesser overfor arbeidsgiver jfr. arbtvl. § 1 nr. 3.¹²⁸

Fagforeningsbegrepet er gjort meget vidt i arbtvl. § 27, opprinnelig for at all samordnet arbeidskamp skulle kunne rammes av den tidligere straffebestemmelsen i arbtvl. § 40.¹²⁹ Straffebestemmelsen ble opphevet i 1956, men lovens krav til hva som skal regnes som en fagforening ble ikke endret. Et vidt fagforeningsbegrep vil også kunne føre til at fredspliktens anvendelse utvides og derigjennom presumptivt bidra til mer ro i arbeidslivet.¹³⁰

I teorien har det blitt hevdet at det i tillegg til formålskravet også må oppstilles et krav om at fagforeningen har en uavhengig stilling i forhold til arbeidsgiver.¹³¹ Dette uavhengighetskravet er ikke nærmere presisert i loven eller i dens forarbeider og verken Stabelutvalget NOU 2001:14 eller Arbeidsrettsrådets innstilling NOU 1996:14 tar opp spørsmålet.¹³² Det foreligger – så vidt vites – kun en avgjørelse fra Arbeidsretten som berører spørsmålet, nemlig ARD-1978-98. I denne dommen var et av de sentrale spørsmål om et såkalt personalråd var å regne som en fagforening i arbeidstvistlovens forstand.

¹²⁷ Jfr Ousland II, s. 507 og 511 og Halberg 1993 s. 154 og s. 169-170. Ousland bruker benevnelsen Skogeiernes Landssammenslutning, men dette er trolig det samme som det Halberg har sitert som Skogeiernes arbeidsgiverforening (SA).

¹²⁸ Dette var også legaldefinisjonen i 1936.

¹²⁹ Se Jakhelln i Norsk lovkommentar, note 5 til arbtvl. §1 nr. 3 med videre henvisninger til bl.a. Ot.prp. nr. 55 (1924), Ot.prp. nr. 54 (1925) og Innst. O. III (1926). Sml. Rt-1935- 316 og ARD-1945-48 s. 129.

¹³⁰ Se f.eks. Andersen 1955 s. 75.

¹³¹ Se Evju 1982 s. 160-162 og Jakhelln 2004 s. 484.

¹³² Jfr. hhv. NOU 2001:14 s. 47-48 og NOU 1996:14 s. 26.

ARD-1978- 98: Ved Tandberg Radiofabrikk A/S var det etablert et såkalt "Personalråd."

"Personalrådet" hadde eksistert i 35 år og etter dens retningslinjer skulle den *"i samarbeid med den daglige ledelse ivareta de ansattes arbeidsmessige, sosiale og lønnsmessige interesser innen bedriften"*, og *"tjene som forhandlings- og apellorganer på vegne av de ansatte overfor bedriften og avdelingens ledelse"*. Videre het det at Personalrådet skulle fremforhandle de årlige lønnsjusteringer på vegne av de ansatte. Personalrådets medlemmer hadde i sin funksjonstid *"rettigheter og plikter som ledere ved Tandbergs Radiofabrikk A/S vedrørende informasjon, rett til å fremme saker, og ansvar for rasjonell saksbehandling"*. Personalrådet ivaretok m.a.o. de oppgaver en fagforening gjør og inngikk kollektive lønnsavtaler med bedriftens ledelse. Midt i en avtaleperiode ble "Personalrådet" erstattet med en "Konsernklubb." "Konsernklubben" ble opprettet ved samarbeid med LO-forbundet Norsk Jern- og Metallarbeiderforbund og organiserte kun arbeidstakere som var medlem av dette forbundet. Det ble da spørsmål om arbeidstakere organisert av NITO, hvis arbeidsforhold var regulert av avtalen mellom "Personalrådet" og Tandberg, fremdeles var tariffrettslig bundet av avtalen eller ikke. Det ble fra NITO bl.a. anført at "Personalrådet" ikke kunne betraktes som en fagforening iht. arbtvl. § 1 nr. 3 og at avtalen dermed heller ikke kunne være en tariffavtale jfr. arbtvl. § 1 nr. 8.

Retten fant ikke grunn til å ta direkte stilling til spørsmålet, men uttalte likevel følgende (104):

"I den forbindelse er fremfor alt å merke at de enkelte arbeidstakere ikke gjennom selvstendig innmeldelse blir medlemmer av Personalrådet, og at arbeidstakerne dessuten ikke har eksklusiv rådighet over hvilke regler eller vedtekter som skal gjelde for rådet. Særlig dette siste bevirker at det synes tvilsomt om Personalrådet kan karakteriseres som en fagforening i arbeidstvistlovens forstand."

Alene har uttalelsen liten rettskildemessig verdi, men den kan underbygges av folkerettslige kilder. Etter ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 2 nr. 1 plikter staten å sørge for et adekvat vern mot at arbeidsgiversiden blander seg inn i en fagforenings etablering, aktivitet eller administrasjon. Videre følger det av artikkel 2 nr. 2 at handlinger som har til hensikt å etablere arbeidstakerforeninger som under ledelse eller innflytelse av arbeidsgiver, eller gjennom pengestøtte og lignende medfører at arbeidsgiver gis kontroll eller innflytelse over arbeidstakerorganisasjonen vil være konvensjonsstridige.¹³³ Som andre menneskerettighetskonvensjoner må også ILO-konvensjon nr. 98 tolkes dynamisk i lys av kontrollorganenes praksis.¹³⁴ Det er

¹³³ Se Olsson 2003 s. 176.

¹³⁴ Slik også Uggerud s. 57 flg.

Organisasasjonsfrihetskommiteén som behandler klagesaker etter konvensjonen.¹³⁵ I en klagesak mot Honduras kom komiteén til at det forelå brudd på konvensjonens artikkel 2 nr. 2.¹³⁶

Flere fagforeninger hadde innklaget regjeringen fordi den hadde tillatt etableringen og utviklingen av såkalte "solidarist association." Dette var foreninger organisert og styrt av arbeidsgiverne som arbeidet med typiske fagforeningsspørsmål og inngikk bl.a. kollektive lønnsavtaler på vegne av arbeidstakerne. For å hevde rett etter disse avtalene ble det stilt krav om at arbeidstakerne ikke var tilknyttet noen fagforening. De ordinære fagforeninger ble slik satt på sidelinjen og tillitsmenn ble sagt opp, omplassert osv. Myndighetenes manglende inngripen ble vurdert som konvensjonsstridig.

I avsnitt 379 uttalte Organisasasjonsfrihetskommiteén:

"...Article 2 of Convention No. 98 [...] which establishes the total independence of workers' organisations from employers in the exercises of their activities" (min kursivering)

Iht. det alminnelige presumsjonsprinsipp må arbtvl. § 1 nr. 3 presumeres å være i overensstemmelse med ILO konvensjon nr. 98 art. 2 nr. 2 og således inneha et slikt krav til uavhengighet.¹³⁷ Et krav om fagforeningers uavhengighet kan muligens også sies å følge direkte av kravet om at fagforeninger skal ivareta arbeidernes interesser overfor arbeidsgiver jfr. arbtvl. § 1 nr. 3 samt følge forutsetningsvis av arbeidstvistlovens system. Evju inntar et slikt syn når han skriver:

"[D]et [må] med trygghet kunne sies at loven bygger på en forutsetning om at det er arbeidstagerne selv som ivaretar sine interesser gjennom en selvstendig sammenslutning, likesom motparten gjør det samme for sin del. Hele dens byggverk har interessekonflikten mellom partene som utgangspunkt. Det ville være fremmed for lovens system å akseptere en avtale som er inngått av arbeidsgiveren med en forening han selv i større eller mindre grad har kontroll over, som en tariffavtale i rettslig forstand"¹³⁸

¹³⁵ Se NOU 1996:14 s. 22 og Uggerud s. 52 flg.

¹³⁶ CFA 281th Report Case No. 1568.

¹³⁷ Slik også Jakhelln 2004 s. 484.

¹³⁸ Evju 1982 s. 160.

Rekkevidden av dette uavhengighetskravet kan vanskelig fastsettes klart, men det er neppe å strekke det for langt å anta at arbeidsgiver ikke skal kunne ha noen påvirkningsmulighet over de krav som fagforeningen fremmer under tarifforhandlingene. Den fremforhandlede avtale skal være resultatet av en interessekamp partene i mellom.

Trysil frie faglige arbeiderlag ble dannet som en motreaksjon mot den uro Skog- og Lands virksomhet skapte. Mye kan derfor tyde på at Trysil frie faglige arbeiderlag ikke bygget sitt virke på den interessekamp som arbeidstvistloven forutsetter skal virke mellom fagforening og arbeidsgiversiden, men søkte å utkonkurrere de fagorganiserte ved nettopp ikke å følge en konfliktlinje. Den samlede opptreden Skog- og Land prøvde å organisere, ble vanskeliggjort ved at man nå fikk en konkurranse mellom ”de gule” og ”de røde.” Forskjellen på de uorganiserte og de gule, blir da ikke annet en at de sistnevnte opptrådte kollektivt. Det har ikke lyktes å finne kilder som sier noe nærmere om det forelå et organisasjonsmessig samarbeid mellom Trysil frie faglige arbeiderlag og Trysilvassdragets arbeidsgiverforening tilsvarende situasjonen i Austmarkakonflikten, men foreningens ideologiske grunnlag og virke taler mot å anse denne for å være en fagforening i arbeidstvistlovens forstand grunnet manglende uavhengighet. Jeg har imidlertid ikke tilstrekkelig dokumentasjon til å konkludere endelig på dette punkt.

5.2.2.6 Trysilvassdragets arbeidsgiverforenings seleksjonsadgang

Hvilken mulighet hadde så Trysilvassdragets arbeidsgiverforening til å utnytte seg av den skarpe konkurransesituasjonen som man må anta eksisterte mellom Skog og Land og TFFA? Hadde arbeidsgiverne adgang til å velge ut sin arbeidskraft etter hvor arbeidstakerne var organisert?

Skogsarbeiderne hadde ikke noe lovfestet stillingsvern før arbeidet ble regulert ved arbeidervernloven av 19. juni 1936.¹³⁹ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977,

¹³⁹ Halberg s. 16, Ousland s. 581, NOU 2004:5 s. 39 og Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 5. I enkelte andre sektorer var det derimot et lovfestet stillingsvern, eksempelvis lov om arbeiderbeskyttelse i industrien av 18. september 1915 § 39.

skriver departementet at saklighetskravet i arbeidervernloven av 1936 ”representerte et klart brudd med rettstilstanden fram til 1936” og viser i den forbindelse til Høyesteretts uttalelse i Rt-1935-467 (471):¹⁴⁰

”[I] et almindelig arbeidsleieforhold kan efter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si op folk fra sitt arbejde efter eget skjønn og god tykke med lovlig frist uten at behøve at angi eller paavise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet - og uten at være underkastet domstolenes kritikk.”

Berg 1930 skriver at oppsigelsesretten var absolutt og ubetinget.¹⁴¹ Gjennom praksis hadde man imidlertid trukket opp en yttergrense mot de tilfeller hvor oppsigelsen var avgitt i rene sjikanehensikter.¹⁴² En oppsigelse gitt på et slikt grunnlag kunne utløse erstatningsplikt for arbeidsgiver, men arbeidstaker kunne ikke få dom for at oppsigelsen var ugyldig og enda mindre dom for gjeninntreden.

Dersom skogeierne i Trysilvassdragets arbeidsgiverforening valgte å si opp en tømmerkjører organisert i Skog og Land fordi han kunne få tak i annen og rimeligere arbeidskraft, ville denne neppe bli vurdert som sjikanøs, men fullt ut lovlig.

Tømmerkjørerne sto imidlertid ikke helt uten et stillingsvern. I tariffavtalene mellom TVA og Skog og Land og TFFA av hhv. 6. og 11. november 1935 § 1 nr. 3 het det:

”Ved antagelse, permittering eller avskjedigelse skal der ikke tas hensyn til om vedkommende er organisert eller ikke.”¹⁴³

Oppsigelse er ikke nevnt, men det trenger for så vidt ikke ha noen materiell betydning. Dagens klare skille mellom avskjed og oppsigelse har vokst frem med utviklingen av stillingsvernsreglene. Det er grunn til å tro at begrepene ikke hadde et så klart og mellom seg avgrenset meningsinnhold tidligere. Det foreligger ikke kildemateriale som kan belyse hvordan partene forsto denne bestemmelsen. En naturlig ordlydsforståelse er imidlertid at et arbeidsforhold ikke skulle bli brakt til opphør eller hindret i standbrakt fordi arbeidstakeren var organisert. Det kan ikke uten videre legges til grunn at den var

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 14, se også Friberg s. 41.

¹⁴¹ Berg s. 141, se også interessante drøftelser av Jakhelln i vedlegg til NOU 1995:18.

¹⁴² Berg s. 141 og Fanebust s. 41.

¹⁴³ Overenskomsten er inntatt som bilag nr. 2 i dommens saksmappe.

til hinder for at en arbeider ble sagt opp fordi arbeidsgiver hadde tilgang på rimeligere arbeidskraft. Særlig ikke dersom også denne var organisert. Bestemmelsen må trolig forstås som en aksept av arbeidstakernes organisasjonsrett. Som det vil bli nærmere drøftet i kapittel 6, er det i dag usikkert om organisasjonsretten er til hinder for en oppsigelse direkte eller indirekte begrunnet i arbeidstakerens tariffestede lønnsnivå. At arbeidsgiver i 1935 forpliktet seg i så henseende må antas å ha formodningen mot seg. Det kan imidlertid ikke konkluderes sikkert på dette punkt.

5.2.3 Sammenfatning og vektvurdering

Den norm rettens uttalelse i ARD-1936-127 med henvisning til ARD-1922-50 isolert sett kan tenkes å uttrykke er at enhver tariffavtale i alminnelighet er inngått under den forutsetning at arbeidsgiver ikke med en annen fagforening for samme type arbeid skal inngå en tariffavtale med dårligere vilkår. Dette begrunnet med at en avvikende avtale kan føre til at medlemmene i den fagforening som har inngått den dårligste avtalen vil konkurrere ut de andre organiserte i kampen om arbeid.

ARD-1936-127 ble avsagt på et tidspunkt hvor de kollektive forhandlingene i skogbruket ennå ikke var falt inn i stabile og faste rammer. Mye tyder på at det ikke bare eksisterte en konflikt-linje mellom arbeidsgiver og arbeidstakersiden, men også en reell kamp mellom arbeiderne og deres organisasjoner. Sett i sammenheng med at arbeidsgiver hadde en nesten ubetinget oppsigelsesrett, ville avvikende tariffavtaler kunne virke svært ødeleggende for det organiserte arbeidsliv og lønnsdannelsen.

Som vi skal se nærmere i kapittel 6, er arbeidsgivers adgang til å legge vekt på arbeidstakernes organisasjonstilknytning ved både ansettelse, under arbeidsforholdets løp og ved opphør dag svært begrenset. Det vil derfor ha formodningen for seg at konkurrerende foreninger i alminnelighet heller vil søke å oppnå så gode økonomiske snarere enn dårlige resultater.

De hensyn som i ARD-1936-127 talte for å en begrensning i arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler, gjør seg dermed ikke lenger like sterkt gjeldende.

Det forhold at TFFA ikke nødvendigvis de facto oppfylte de rettslige krav til å være en fagforening, og at det er usikkert om den ville ha oppfylt kravene etter dagens rettstilstand, understreker at de faktiske forhold i ARD-1936-127 var svært ulik de faktiske forhold i arbeidslivet i dag. Dette reduserer dommens betydning som rettskilde.

Dersom TFFA ikke var en fagforening, forelå det heller ingen konkurrerende tariffavtale, jfr. arbtvl. § 1 nr. 8.¹⁴⁴ Man kan likevel ikke av den grunn avskrive dommens rettskildemessige betydning. Det ville ha vært for formalistisk og ville heller ikke tatt tilstrekkelig hensyn til en av hovedbegrunnelsene for å gi dommer presedensvirkninger, nemlig hensynet til forutberegnlighet. Dette da dommen har vært oppfattet som en dom om konkurrerende tariffavtaler, samt at Arbeidsretten la til grunn at TFFA var en fagforening.

Dommens alder og det forhold at den omtalte uttalelsen var et obiter dictum må medføre at dommens rettskildemessige vekt svekkes.¹⁴⁵

5.3 Senere rettspraksis

Analysen ovenfor viste at uttalelsen i ARD-1936-127 alene ikke kan ha avgjørende betydning for rettstilstanden i dag. I det følgende skal vi se om uttalelsen er fulgt opp i senere praksis og eventuelt også om den senere praksis gir grunnlag for å hevde et mer omfattende ufravikelighetsprinsipp.

5.3.1 En generell videreføring av ARD-1936-127?

En uttalelse i ARD-1986-149 synes til en viss grad å følge opp uttalelsen i ARD-1936-127.¹⁴⁶ Maritim Lærerforening (ML) og Skolenes Landsforbund (SL) reiste sak mot staten med bl.a. krav om tilbakebetaling for pålagt og gjennomført leseplikt i et større omfang enn det som fulgte av særavtalen som hjemlet leseplikten. Den utvidede leseplikten hadde blitt praktisert i flere år før fagforeningene tok ut søksmål og staten påsto derfor forgjeves subsidiært at etterbetalingskravet var bortfalt ved passivitet. ML

¹⁴⁴ Se NOU 2001:14 s. 47.

¹⁴⁵ Nærmere om obiter dicta i kapittel 5.4.

¹⁴⁶ Slik også Thorkildsen 1996 s. 65.

hadde i sakens anledning gjort flere henvendelser til Kirke- og undervisningsdepartementet, mens SL som organiserte færre medlemmer avventet departementets tilbakemeldinger til ML. Retten fant SLs avvente opptreden naturlig, særlig sett hen til praksis mellom avtalepartene og kom derfor til at det ikke var grunn til å vurdere foreningene ulikt i forhold til passivitetspåstanden. Avslutningsvis uttalte retten (163):

”Arbeidsretten vil forøvrig bemerke at etter alminnelige ufravikelighetsnormer vil hver tariffpart ha rett til å kreve at motparten etterlever tariffavtalen også overfor andre enn egne medlemmer. Forsåvidt er det ikke avgjørende om flere tariffparter kan gjøre samme krav gjeldende, og heller ikke om de enkelte arbeidstagere kan fremme individualrettslige krav.”

En naturlig forståelse av uttalelsen synes å være at ML i kraft av tariffavtalens ufravikelighetsvirkning ville kunne kreve at staten også etterbetalte SLs medlemmer for den utvidede leseplikt og eventuelt også at tariffavtalens lesepliktsramme ble fulgt overfor SL. Dette uavhengig av om SLs rett etter tariffavtalen var bortfalt ved passivitet. Det må her presiseres at det ikke dreide seg om i utgangspunktet avvikende tariffavtaler. En ulik passivitetsvurdering ville i utgangspunktet kunne medført ulik praktisering av avtalene, men ufravikelighetsnormene ville kunne forhindre dette.

Det synes nokså klart at retten legger til grunn en ufravikelighetsnorm, men den uttaler ikke noe nærmere om normens begrunnelse eller rettslige grunnlag. Alene gir dommen derfor liten veiledning for fastleggelsen av et ufravikelighetsprinsipp. Videre fremsto ikke uttalelsen som avgjørende for det resultat retten kom frem til, noe som vil kunne reduseres dens rettskildemessige betydning.

Thorkildsen viser videre til ARD-1988-138 og hevder at også denne har en viss interesse i forhold til ufravikelighetsprinsippet.¹⁴⁷ SAS var gjennom sitt medlemskap i Flyselskapenes Landssammenslutning (FL) tilknyttet NAF, bundet av NAFs tariffavtaler med både PRIFO/YS og Luftfartens Funksjonærforening (LFF)/LO. Med både PRIFO og LFF ble det inngått tariffavtale om gjennomføring av arbeidstidsnedsettelse. Som kompensasjon for dette ble medlemmene av LFF utbetalt et engangsbeløp. SAS Personalforening (SPF), som var tilsuttet PRIFO, krevde et

¹⁴⁷ Thorkildsen 1996 note 93 s. 65

tilsvarende beløp utbetalt til sine medlemmer, men SAS motsatte seg dette. Det kom til forhandlinger mellom PRIFO/SPF og NAF/FL hvor partene ble enige om at Hovedavtalen § 2-1, hvor det het at ”Norsk Arbeidsgiverforening og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund anerkjenner gjensidig arbeidsgivernes og arbeidstakernes frie foreningsrett”, oppstilte en rettslig forpliktelse for selskapet til å behandle alle ansatte likt, uavhengig av organisasjonsmessig tilknytning. I tråd med dette påla NAF og FL SAS å utbetale kompensasjon også til YS’ medlemmer. SAS etterfulgte ikke pålegget. Tvisten ble deretter brakt inn for Arbeidsretten av YS, PRIFO og SPF. SAS bestred ikke sin forpliktelse til å utbetale kompensasjonen etter tariffavtalen, men anførte at selskapet hadde følt seg presset til å avstå fra dette medmindre betalingsforpliktelsen ble fastslått av Arbeidsretten. Retten la uten videre partenes felles forståelse om at hovedavtalen § 2-1 oppstilte en rettslig forpliktelse for SAS til å behandle alle ansatte lik til grunn, og ga fagforeningene medhold. Thorkildsen synes å mene at dette indikerer at retten bygger på en ufravikelighetsvirkning. Etter sikker rett har partene et fortolkningsmonopol og det kan derfor ikke være overraskende at retten dømmer i tråd med partenes forståelse av hovedavtalen.¹⁴⁸ Dommen kan derfor neppe tas til inntekt for et ufravikelighetsprinsipp

5.3.2 Ulik avtalefrihet på arbeidsgiver- og arbeidstakersiden?

Fagforeninger har adgang til å inngå avvikende tariffavtaler med ulike arbeidsgivere for samme type arbeid.¹⁴⁹ Dette følger av Arbeidsrettens praksis og er ubestridt lagt til grunn i den juridiske teori.¹⁵⁰ Den grunnleggende dom er ARD-1945-48-55 hvor Norsk Arbeidsgiverforening (NAF) forgjeves påsto at Bygningsarbeiderforbundet ved landstariffen inngått med NAF i 1946 var avskåret fra å opprette avvikende tariffavtaler med uorganiserte mestere. Arbeidsretten uttalte (58):

¹⁴⁸ Se kapittel 3.1.

¹⁴⁹ Det er selvsagt ingen ting i veien for at partene avtaler en begrensning i fagforeningens avtalefrihet i så henseende, se f.eks. ARD-1950-1, ARD-1951-21, ARD-1973-112 og ARD-1984-70.

¹⁵⁰ Se f.eks. Jakhelln 2004 s. 520 og 1985 s. 228, Evju 1982 s. 201, Andersen 1967 s. 55, Thorkildsen 1996 s. 66, og NOU 2001:14 s. 49.

”Uten at det uttrykkelig står i tariffavtalen, kan en derfor ikke legge inn i denne et helt nytt og tidligere ukjent prinsipp, nemlig at den skulle være bindende for Bygningsarbeiderforbundet også i forhold til uorganiserte mestre.”

Hvordan stiller denne uttalelsen seg til ARD-1936-127? I Jakhelln 1985 reises spørsmålet om ikke det samme bør gjelde for *arbeidsgivers* adgang til å inngå avvikende tariffavtaler.¹⁵¹ Partene i en tariffavtale antas å være jevnbyrdige, hvilket taler for at de bør ha den samme avtalefrihet.¹⁵² Dette kan kun legges til grunn som et utgangspunkt. Det avgjørende må - som både Jakhelln og Thorkildsen påpeker, være hvilke virkninger de avvikende avtaler vil kunne medføre.¹⁵³

Fagforeningenes avvikende avtaler vil for arbeidsgiversiden kunne ha en direkte innvirkning på virksomhetenes konkurransesituasjon i markedet. Den virksomhet som er bundet av tariffavtalen med dårligst lønnsvilkår vil pga. et lavere kostnadsnivå kunne ha et fortrinn i markedet overfor de øvrige virksomheter. På den annen side vil den arbeidsgiver som er bundet av den ”dyreste” avtalen kunne ha et fortrinn i konkurransen om arbeidskraft.¹⁵⁴

Som vist ovenfor tas det i gjeldende rett ikke hensyn til dette, noe som prinsipielt trolig kan begrunnes i at ulikhetene kun vil få betydning for konkurransesituasjonen mellom virksomhetene, et forhold som også vil bero på flere andre faktorer.

Arbeidsgivers avvikende tariffavtaler vil derimot få direkte innvirkning på de individuelle arbeidsforhold ved at det gjelder ulike lønns- og arbeidsvilkår for samme type arbeid.¹⁵⁵ Dette vil også kunne utløse uro og misnøye i virksomheten.¹⁵⁶

¹⁵¹ Artikkelen blir i det følgende vist til som Jakhelln 1985.

¹⁵² Se bl.a. Thorkildsen 1996 s. 67.

¹⁵³ Thorkildsen 1996 s. 66-67 og Jakhelln 1985 s. 233-234.

¹⁵⁴ Se bl.a. Thorkildsen 1996 s. 66, Evju 1982 s. 201 og Jakhelln 1985 s. 233-234.

¹⁵⁵ Slik Thorkildsen 1996 s. 67 og Jakhelln 1985 s. 234. Jakhelln kommer likevel til at de ulike konsekvensene ikke kan føre til at arbeidsgiver ikke har like stor avtalefrihet som arbeidstakersiden og viser i den forbindelse til Andersen 1967 s. 55. Jakhellns syn bygger her på at han ikke tillegger uttalelsene i ARD-1936-127 særlig vekt samt det problem at ufravikelighetsprinsippet ikke avgjør hvilken avtale som skal gjøres ufravikelig. Det skal her bemerkes at Jakhelln senere synes å ha endret sitt syn på ufravikelighetsprinsippet, jfr. Jakhelln 2004 s. 520.

Om disse ulike virkningene er tilstrekkelige for å begrunne at arbeidsgiver ikke må ha adgang til å inngå avvikende tariffavtaler, vil jeg ikke ta stilling til her. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å konstatere at de ulike virkningene innebærer at ARD-1945-48-55 ikke uten videre kan tas til inntekt for også å innrømme arbeidsgiversiden full avtalefrihet. Dermed bryter den heller ikke med den reservasjon Arbeidsretten inntok i ARD-1936-127.

5.3.3 Virker ufravikeligheten begge veier?

Både ufravikelighetsregelen i arbtvl. § 3 nr. 3 og den ulovfestede ufravikelighetsvirkningen overfor uorganiserte virker både der hvor det avvikes til gunst og ugunst for arbeidstakerne.¹⁵⁷ Evju og Thorkildsen hevder det samme må gjelde for tariffavtalens ufravikelighetsvirkninger overfor konkurrerende tariffavtaler.¹⁵⁸ I ARD-1936-127 var problemstillingen kun om arbeidsgiver kunne inngå avvikende tariffavtaler med *dårligere* vilkår.

Evju hevder at støtte for hans syn er innebygget i avgjørelsene inntatt i ARD-1977-29 og ARD-1977-34.¹⁵⁹ Thorkildsen stiller seg noe tvilende til om dette kan leses ut av dommene, men uttaler at ”[d]et harmonerer med de grunnleggende hensyn bak ufravikelighetsnormene, og i mangel av rettspraksis for den motsatte konklusjon bør det legges til grunn at ufravikeligheten normalt virker begge veier, med mindre man i tariffperioden har holdepunkter for annet.”¹⁶⁰

I ARD-1977-29 (33-34) var de tekniske funksjonærene dels organisert i konkurrerende forbund og dels uorganiserte. I den ene fagforeningens tariffavtale var det en klausul

¹⁵⁶ Se Jakhelln 1985 s. 234. Som begrunnelse for et ufravikelighetsprinsipp har denne påstanden den svakhet at den til en viss grad fremtrer som en form for sirkelargumentasjon. Den misnøye som kan tenkes oppstått kan ha sitt grunnlag i en forestilling om at arbeidsgiver ikke er berettiget til å inngå slike avtaler.

¹⁵⁷ Se kapittel 3.2.2 og 3.2.3.

¹⁵⁸ Evju s. 201 og Thorkildsen 1996 s. 65.

¹⁵⁹ Evju 1982 s. 201.

¹⁶⁰ Jfr. Thorkildsen 1996 s. 65 note 95.

som ga dens medlemmer rett til et særskilt tillegg senere i tariffperioden. Ved den årlige lønnsjusteringen ga arbeidsgiver et tilsvarende dårligere oppgjør for funksjonærene tilknyttet dette forbundet, for på sikt å utjevne forskjellene. Fagforeningen hevdet at arbeidsgiver ikke hadde anledning til dette.

Arbeidsretten fant etter en tolkning av tariffavtalen ikke å kunne gi fagforeningen medhold. I tariffavtalen § 9 I punkt A het det at lønnen for de tekniske funksjonærene skulle fastsettes bl.a. under *”hensyntagen til lønnsvilkårene i bedriften og til forholdene for øvrig”*, og punkt C hvor det het at det ved den årlige lønnsvurderingen også skulle *”tas hensyn til lønnsnivåene for øvrig i bedriften.”* Etter rettens syn fremgikk det ikke uttrykkelig av tariffavtalen, men uttalte at det *”fra et tariffrettslig synspunkt [fremtrer] som det eneste naturlige at det tas sikte på at samtlige tekniske funksjonærer generelt sett behandles likt på det lønnsreguleringsmessige plan.”*

Problemstillingen var så å si identisk i ARD-1977-34 og under henvisning til ARD-1977-29 inntok retten det samme standpunkt som ovenfor sitert.¹⁶¹

Rettens henvisninger til det tariffrettslige synspunkt om likebehandling, kan forstås som en henvisning til en ulovfestet ufravikelighetsnorm. En slik oppfatning legges til grunn hos Evju, Thorkildsen og til en viss grad også hos Jakhelln.¹⁶² Dersom dette aksepteres, vil en naturlig fortolkning av dommene være at ufravikelighetsvirkningene inntreffer også der hvor den avvikende avtalen gir bedre vilkår. Begrunnelsen for ufravikelighetsvirkningen må i så fall være en annen enn fagforeningenes konkurranse om arbeid for sine medlemmer. En mulig begrunnelse er konkurranse om medlemmer, en alminnelig forventning hos den første fagforening om at andre foreninger ikke skal innrømmes bedre vilkår, eller at ulike vilkår for likt arbeid vil kunne skape uro.¹⁶³ Som vi skal se nærmere på i kapittel 7.4 er det ikke opplaget at slike hensyn kan begrunne ufravikelighetsvirkninger. Det virker noe påfallende at retten i så fall ikke klarere angir

¹⁶¹ Se særlig s. 38 i dommen

¹⁶² Thorkildsen 1996 s. 65 note 93: *”Arbeidsretten bygger på det grunnsyn at det gjelder begrensninger i arbeidsgiversidens adgang til å inngå konkurrerende tariffavtaler”*, Evju 1982 s. 201-202, Jakhelln 1985 s. 230 og Jakhelln 2004 s. 520.

¹⁶³ Se Jakhelln 1985 s. 234.

hva likebehandlingssynspunktet er begrunnet i. Det kan her bemerkes at Jakhelln ikke legger til grunn at ufravikeligheten gjelder i forhold til bedre betingelser.¹⁶⁴

Det er imidlertid ikke uten videre klart at retten bygger sitt syn på tariffrettslige ufravikelighetsnormer. Arbeidsgiver påberopte seg ikke noen ufravikelighetsnorm. Dersom retten bygget sitt resultat på ufravikelighetsbetraktninger, hadde det vært naturlig at det i domspremissene enten ble vist til ARD-1936-127 eller forutsetningsbetraktninger. Det er på det rene at det i denne saken de facto forelå avvikende avtaler. Retten hadde imidlertid ingen oppfordring til å ta stilling til om arbeidsgiver hadde anledning til å inngå avvikende avtaler. Tvistetema var om arbeidsgiver hadde anledning til å tilby foreningene ulikt oppgjør i den hensikt å utjevne de ulikheter som oppsto som følge av at det var inngått avvikende tariffavtaler.¹⁶⁵ Dommen behøver dermed ikke være uttrykk for noe annet enn at Arbeidsretten, ut fra tariffavtalens ordlyd og tariffrettslige prinsipper, finner at arbeidsgiver er berettiget til å praktisere avtalene slik at arbeidstakeren blir behandlet likt i forhold til avlønning med mindre det foreligger holdepunkter for noe annet.

En tredje mulig forståelse – som jeg ikke kan se har vært fremme i tidligere drøftelser – er at retten bygget sin tolkning på hvordan konkurrerende avtaler normalt blir praktisert. Partene, og ikke minst arbeidsgiver, kan ha gode grunner for å behandle arbeidstakerne likt uten at dette bygger på en forestilling om en rettslig forpliktelse. Uttrykket ”*tariffrettslig synspunkt*” kan imidlertid tale for at retten bygger sitt syn på en rettslig utfyllingsnorm. På den annen side kan også tolkningsregler også karakteriseres som tariffrettslige synspunkter.

Analysen ovenfor viser at ARD-1977-29 og ARD-1977-34 kan bygge på ufravikelighetsbetraktninger, men at dette ikke er den eneste naturlige fortolkning. Dersom den bygger på ufravikelighetsvirkninger, må disse ha en annen begrunnelse enn

¹⁶⁴ Jakhelln 2004 s. 520.

¹⁶⁵ Et slikt søksmål kunne tenkes anlagt av den konkurrerende fagforening med påstand om at arbeidsgiver overfor denne fagforening var uberettiget til å inngå den avvikende tariffavtale med den annen forening.

Arbeidsrettens uttalelse i ARD-1936-127. Etter mitt skjønn kan det vanskelig med noen grad av sikkerhet hevdes at dommene bygger på en ufravikelighetsnorm.

5.3.4 Avvikets karakter i omfang og tid

Under henvisning til dommene i ARD-1977-29 og ARD-1977-34 inntar både Evju, Thorkildsen og til en viss grad Jakhelln det synspunkt at ufravikelighetsvirkningene ikke er til hinder for en forskjellsbehandling for å oppnå reell likebehandling over tid.¹⁶⁶ Hensynene bak en eventuell ufravikelighetsvirkning, samt det forhold at en fagforening ved inngåelse av tariffavtalen kan ha medlemmer som ligger på et annet lønnsnivå enn tilsvarende grupper i virksomheten, tilsier at det ikke må stilles krav om likebehandling til enhver tid.¹⁶⁷ Dette må for så vidt kunne sies å følge allerede av kravet om likebehandling. Den nærmere grensedragning for hvor lenge likebehandlingen kan tillates tilstrebet, må bero på en vurdering av hvilke virkninger den midlertidige forskjellsbehandlingen medfører. Som anført i avsnittet ovenfor er det imidlertid usikkert om ARD-1977-29 og ARD-1977-34 bygger på ufravikelighetsbetraktninger.

Thorkildsen viser også til ARD-1985-120 for å illustrere at likebehandling ikke alltid lar seg oppnå selv med utgangspunktet i identiske avtalebestemmelser.¹⁶⁸ Saken gjaldt forståelsen av en protokoll som vart inntatt i tariffavtalen mellom NAF og OFS/OBF, det såkalte "Mudbilaget". Iht. "Mudbilaget" skulle arbeidstakere som i løpet av sitt skift var i kontakt med oljebasert boreslam tilstå et tillegg på kr. 80,-. En tilsvarende protokoll var tidligere inngått mellom NAF og det konkurrerende forbund NOPEF. Senere ble det inngått en særskilt tilleggsprotokoll, "Pro-rata-avtalen" mellom NAF og NOPEF hvorefter arbeidsgiver kun var forpliktet til å utbetale en pro rata-kompensasjon. Dermed skulle det kun utbetales fullt tillegg dersom arbeidstakeren var i kontinuerlig kontakt med oljebasert boreslam gjennom hele skiftet. Under henvisning til ufravikelighetsprinsippet, ARD-1936-127, ARD-1977-29 og ARD-1977-34 fremholdt arbeidsgiver ved senere tarifforhandlinger at "Pro-rata-avtalen" også måtte legges til grunn ved tolkningen av "Mudbilaget" i tariffavtalen mellom NAF og OFS/OBF, slik at

¹⁶⁶ Evju 1982 s. 202, Thorkildsen 1996 s. 65 og Jakhelln 2004 s. 520.

¹⁶⁷ Det ulike lønnsnivå kan f.eks. skyldes at de tariffbundne fagforeninger ikke tidligere har påtalt arbeidsgivers ulike behandling av de tariffbundne og ikke tariffbundne arbeidstakere.

¹⁶⁸ Thorkildsen 1996 s. 66.

også deres medlemmer kun var berettiget til en pro-rata-kompensasjon. OFS/OBF motsatte seg dette og brakte tvisten inn for Arbeidsretten. Etter en fortolkning av tariffavtalen mellom NAF og OFS/OBF, hvor det ble lagt vekt på avtalens ordlyd, funksjon, praksis, utviklingen i partenes tariffavtaleforhold og forhandlingsforløp, kom retten til at "Pro-rata avtalen" ikke kunne få betydning for forståelsen av "Mudbilaget" i tariffavtalen mellom NAF og OFS/OBF. Retten la her særlig vekt på at "Pro-rata-avtalen" var inngått etter at "Mudbilaget" ble tatt inn i tariffavtalen mellom NAF og OFS/OBF og uttalte i den forbindelse *"[a]t N.A.F har bundet seg til en annen løsning i sitt avtaleforhold med NOPEF, er således et forhold som N.A.F selv må bære risikoen for."*

Det fremgår ikke klart av Thorkildsens fremstilling om han også tar dommen til inntekt for at det gjelder et ulovfestet ufravikelighetsprinsipp. I forhold til ufravikelighetsprinsippet bidrar dommen neppe med noen avklaring. At NAF ikke fikk medhold i at "Mudbilaget" i avtalen mellom NAF og OFS/OBF, under henvisning til ufravikelighetsprinsippet, ikke skulle tolkes i samsvar med "Pro-rata-avtalen" mellom NAF og NOPEF, følger direkte av partsforholdene i avtalen. Dersom tariffavtalen bygger på den forutsetning at arbeidsgiver ikke skal inngå avvikende tariffavtaler, vil en krenkelse av dette være et tariffbrudd overfor den fagforening som er part i tariffavtalen og, det er denne alene som kan påtale bruddet. En utvidet aktiv søksmålskompetanse i så måte må hvile på et særskilt grunnlag. Arbeidsgiver kan derfor ikke, under henvisning til ufravikelighetsprinsippet, påstå en tariffavtale fortolket i samsvar med en senere inngått avvikende avtale. Det samme må selvsagt gjelde dersom man ikke legger til grunn et ufravikelighetsprinsipp. Dommen i seg selv kan derfor heller ikke tas til inntekt for at ufravikelighetsprinsippet kun kan påberopes av den krenkede tariffpart; dette følger som nevnt av partsforholdet.

5.3.5 Hva med kollektive bestemmelser?

Så vidt vites har Arbeidsretten ikke kommet med uttalelser om ufravikelighetsvirkningene for kollektive bestemmelser, slik som regler om plassoppsigelse, fredsplikt, tillitsvalgtes rettigheter osv. Thorkildsen slutter av dette at

det ikke er grunnlag for å hevde at slike bestemmelser vil utløse ufravikelighetsvirkninger.¹⁶⁹

Evju inntar det samme standpunktet, men begrunner dette direkte med at hensynene bak ufravikelighetsvirkningene ikke gjør seg gjeldene i forhold til de kollektive bestemmelsene.¹⁷⁰ Jakhelln inntar i artikkelen ”Motstridende tariffavtaler” det samme standpunkt, men presiserer at kollektive bestemmelser etter omstendighetene kan få innvirkning på de individuelle arbeids- og lønnsvilkår, og at de i så fall vil falle inn under de ufravikelighetsvirkninger som følger av ufravikelighetsprinsippet.¹⁷¹ Av den grunn foreslo Arbeidsrettsrådet i NOU 1996:14 at en ny lovfestet ufravikelighetsnorm også skulle omfatte kollektive bestemmelser.¹⁷²

Den manglende behandling av spørsmålet i Arbeidsretten kan etter mitt syn ikke lede til at det er utelukket at også kollektive bestemmelser kan utløse ufravikelighetsvirkninger. Det avgjørende må, i tråd med Evjus og Jakhellns syn, være hvilke virkninger de kollektive bestemmelsene får for de individuelle arbeidsforhold.

5.3.6 Absolutt eller deklarasjonisk norm?

Dersom man legger til grunn at tariffavtalen hviler på en ufravikelighetsforutsetning, blir spørsmålet om denne gjelder absolutt eller om partene kan gi avkall på denne og dermed akseptere at tariffmotparten inngår avvikende avtaler. At det må være anledning til dette synes nokså klart og følger trolig direkte av den avtalefrihet som også gjelder på tariffrettens område. Partene står således innenfor rammene av preseptorisk lovgivning fritt til gi tariffavtalen det innhold den ønsker.¹⁷³ Forekomsten av avvikende tariffavtaler kan således alene ikke tas til inntekt for at det ikke gjelder en ufravikelighetsnorm.

Dette illustrerer et obiter dictum i ARD-1984-70. Rederiansatte Oljearbeideres Forbund (ROF) og De samarbeidende organisasjoner (DSO) organiserte begge teknisk personell

¹⁶⁹ Thorkildsen 1996 s. 66.

¹⁷⁰ Evju 1982 s. 202-203.

¹⁷¹ Jakhelln 1985 s. 190.

¹⁷² Se NOU 1996:14 s. 53.

¹⁷³ Se NOU 2001:14 s. 49.

ved mobile bore- og entreprenørfartøyer. Fartøyene var organisert i Arbeidsgiverforeningen for Skip og Offshorefartøyer (ASO). I tariffavtalen mellom ROF og ASO var det inntatt en klausul om forbehold mot at ASO skulle inngå tariffavtale med andre organisasjoner ”som gir et vesentlig bedre totalt økonomisk resultat for stillingsgrupper som også omfattes av ROF’s avtale”. ROF hevdet at ASOs tariffavtale med DSO var i strid med forbeholdsklausulen. ROF anførte at klausulen måtte forstås på samme måte som ”det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp”.¹⁷⁴

Retten kom til at DSO-avtalen lå innenfor forbeholdsklausulens margin da den ikke medførte et vesentlig bedre resultat totalt. Da partene hadde avtalt hvilke ufravikelighetsvirkninger deres tariffavtale skulle ha overfor konkurrerende tariffavtaler, fant ikke retten grunn til å gå inn på en vurdering av ”det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp”, men uttalte (79):

”Denne klausul er spesielt tatt inn for å regulere forholdet mellom tariffpartene ved dette års oppgjør og det må da være denne bestemmelsen som legges til grunn ved behandlingen av tvisten. Dette gjelder selv om klausulen måtte gå lengre i retning av å tillate avvikelser fra ROF’s tariffavtale enn tilfellet ville ha vært om ufravikelighetsprinsippet skulle ha vært lagt til grunn. Det følger av alminnelige tariffrettslige regler at partene kan treffe avtale som avviker fra ufravikelighetsprinsippet.”

Arbeidsretten konstanterer implisitt at det eksisterer et ulovfestet ufravikelighetsprinsipp,¹⁷⁵ men går ikke nærmere inn på rettsgrunnlaget eller det materielle innholdet i prinsippet, utover å fastslå at det dreier seg om en deklarasjonsregel. Heller ikke her var uttalelsen nødvendig for det resultat retten kom frem til.

ARD-1990-38 kan også tenkes å kunne tas til inntekt for at ufravikelighetsprinsippet er en deklarasjonsregel. Norsk Radiografforbund (NRF) gikk ut av hovedsammenslutningen YS og inn i Akademikernes Fellesorganisasjon og tiltrådte Hovedoverenskomsten for kommuner. Røntgensykepleiere og radiografer utførte det samme arbeidet, men ble etter Hovedoverenskomsten lønnet etter ulike stiger slik at røntgensykepleierne hadde den høyeste

¹⁷⁴ ROF viste i den forbindelse til Evju 1982 s. 200-203 og Berg s. 198. Henvisningen til Berg fremstår som noe underlig da ufravikelighetsvirkningene ikke behandles der.

¹⁷⁵ Slik også Thorkildsen 1996 s. 65.

avlønningen. NRF hevdet dette var i strid med likelønnsregelen i den samme overenskomstens pkt. 3.6 og det ulovfestede ufravikelighetsprinsippet. Retten kom til at NRF, ved ikke å ta forbehold om den ulike avlønningen, var bundet av overenskomsten slik den var vedtatt og fant dermed ikke grunn til å gå inn på anførselen om et eventuelt brudd på ufravikelighetsprinsippet. Det må bemerkes at det ikke var snakk om konkurrerende tariffavtaler, men *en* tariffavtale som åpnet for at arbeidstakere som utførte samme type arbeid, men med ulik utdannelse ble lønnet forskjellig.

5.4 Sammenfatning og vurdering

I ARD-1936-127 uttaler Arbeidsretten i et obiter dictum at enhver tariffavtale må antas inngått under den forutsetning at arbeidsgiver ikke skal inngå en tariffavtale med dårligere vilkår med en annen fagforening for samme type arbeid. Dette er begrunnet med at en avvikende avtale kan føre til at medlemmene i den fagforening som har inngått den dårligste avtalen vil konkurrere ut de andre organiserte i kampen om arbeid. Pga. stillingsvernsreglene er det imidlertid svært tvilsomt om en slik konkurranse kan utøves i dag, noe det vil bli nærmere redegjort for i neste kapittel. Den endrede konkurransesituasjon og de særegne forhold som gjorde seg gjeldende i dommen, samt dens alder, taler for å tillegge dommen begrenset verdi for vurderingen av gjeldende rett i dag.

Arbeidsretten har imidlertid i to obiter dicta i hhv. ARD-1984-70 og ARD-1986-149 uttalt at det gjelder ufravikelighetsnormer i forhold til konkurrerende tariffavtaler, men det gis ingen begrunnelse eller anvisning av hvilket rettslig grunnlag normen(e) hviler på. Også rettens premisser i ARD-1977-29 og ARD-1977-34 kan forstås som om det bygges på en ufravikelighetsnorm, men dette er ikke den eneste naturlige fortolkning.

Uttalelsene om tariffavtalers mulige ufravikelighetsvirkninger inngår alle i dommenes obiter dicta. Dette reiser det klassiske spørsmål om det skal få betydning for dommens verdi som rettskilde. Etter tradisjonell rettskildelære tillegges slike obiter dicta generelt mindre vekt enn dommens anførte ratio decidendi.¹⁷⁶ Begrunnelsen for dette er sammensatt og fremstår ikke som klart definert. En vanlig forklaring er at domstolens oppgaver er å løse den aktuelle sak som er til pådømmelse, samt at partene ikke alltid

¹⁷⁶ Se bl.a. Eckhoff s. 165-166 og Fleischer s. 188-190.

har hatt foranledning til i sin prosedyre til å ta opp de forhold som kommenteres, og at det av den grunn er fare for at uttalelsen er dårligere fundert enn dommens ratio decidendi. Av og til kan et obiter dictum tjene til å oppklare en uklar rettsstilstand. Ut fra et forutberegnelighetshensyn kan det da være grunn til å se hen til disse ved en senere anledning.¹⁷⁷ I de nevnte dommer kjennetegnes imidlertid uttalelsene nettopp ved at de ikke gir noen ytterligere forklaring; de er ikke egnet til å avklare rettsstilstanden.

Foruten Riksretten jfr. GRL §§ 86 og 87, Arbeidsretten den eneste særdomstol, i Norge og har presumptivt en særlig kompetanse innenfor den kollektive arbeidsrett. Videre er den dels besatt av representanter for partene i arbeidslivet, jfr. arbtvl. § 10 nr. 2 jfr. § 11. Det er derfor ikke utenkelig at en i større grad er villig til å gi Arbeidsretten anledning til å drive en rettsskapende virksomhet enn de ordinære domstoler.

Kristen Andersen skriver i sin bok Arbeidskamp og Arbeidsrett:

*”Paal Berg åpnet ... sin funksjon som Arbeidsrettens formann med en drøftelse med rettens andre medlemmer. En drøftelse som – etter hva han meddelte meg under en samtale – hadde til formål å fastlegge visse hovedlinjer for måten å gå frem på. Han foreslo således at Arbeidsretten allerede fra starten skulle ta sikte på å håndtere de tariffrettslige tvister slik at tariffavtalens parter på sentrale felter fikk mer generelle eller prinsipielle normer å holde seg til. Han gjorde seg med andre ord til talsmann for at domstolen burde bestrebe seg på å utfolde en prejudikatskapende innsats.”*¹⁷⁸

Hvis man tillegger Arbeidsretten en slik utvidet rettsskapende funksjon, blir det i en rettskildemessig sammenheng tilsvarende mindre plass for et skille mellom dommenes obiter dicta og ratio decidendi. Oppgavens rammer tillater ikke å gå videre inn i en slik drøftelse.

Vurdering av dommers rettskildemessige betydning/vekt, kan ikke avgjøres isolert, men må gjøres ved en avveining opp mot eventuelle andre relevante rettskilder. Det som likevel må synes nokså klart etter den foretatte gjennomgangen og analysen av rettspraksis, er at dommene alene *ikke* utgjør tilstrekkelig grunnlag for å etablere en ulovfestet ufravikelighetsnorm.

¹⁷⁷ Svært kritisk til dette Jakhelln Lov og Rett 1998 s. 129-130

¹⁷⁸ Andersen 1965 s. 140

Den eneste begrunnelse for en ufravikelighetsvirkning som kommer til uttrykk i Arbeidsrettens praksis, er faren for at avvikende tariffavtaler kan medføre at tariffbundne arbeidstakere kan bli utkonkurrert av arbeidstakere tilknyttet tariffavtaler med dårligere betingelser, jfr. ARD-1936-127. Hvorvidt denne begrunnelsen kan anses gyldig også i dag har vært kommentert ovenfor, men vil bli nærmere behandlet i neste kapittel. Den sparsomme rettspraksis betyr imidlertid ikke at ufravikelighetsvirkninger ikke kan tenkes å følge av andre forutsetningsbetraktninger. Dette er således tema i kapittel 7.

6 Ufravikelighet og sosial dumping

6.1 Problemstilling og reelle hensyn

I tråd med analysen av Arbeidsrettens praksis og rettens uttalelser i ARD-1936-127 skal vi i dette kapittelet se nærmere på om avvikende tariffavtaler vil kunne medføre at tariffbundne arbeidstakere risikerer å bli utkonkurrert av arbeidstakere bundet av tariffavtaler med dårligere vilkår. Nærmere bestemt er spørsmålet om tariffavtaler må gjøres ufravelige for å forhindre sosial dumping.

Det er ikke uvanlig at det hevdes at avvikende tariffavtaler vil kunne føre til sosial dumping, noe følgende sitat fra LOs høringsuttalelse til NOU 1996:14 illustrerer:

”Arbeidsrettsrådets forslag vil ... motvirke uensartede tariffavtaler innenfor ett og samme område. Dette er et grunnleggende formål for tariffavtalesystemet, og en nødvendig betingelse for å unngå sosial dumping gjennom konkurrerende tariffavtaler.”¹⁷⁹

Sosial dumping er ikke et rettslig begrep og har heller ikke noe klart og entydig innhold. I det følgende vil begrepet bli brukt om en situasjon hvor arbeidsgiver utnytter arbeidstakernes konkurranse om arbeid ved å tilby lønnsvilkår som arbeidstakerne ellers ikke ville ha akseptert.

¹⁷⁹ S. 6 i LOs høringsuttalelse datert 14.04.97.

Hvis arbeidstakere bundet av en tariffavtale risikerer å bli utkonkurrert av arbeidstakere bundet av en tariffavtale med dårligere vilkår, vil fagforeningene få et incitament til å inngå stadig dårligere tariffavtaler for å sikre sine medlemmer arbeid. I så fall er man tilbake til den konkurransesituasjon man hadde før arbeidstakerne i det hele tatt organiserte seg. Eneste forskjell vil være at den sosiale dumping er et resultat av konkurranse mellom de ulike fagforeninger, i stedet for mellom hver enkelt arbeidstaker. Det er nettopp slik uheldig konkurranse tariffavtalen er ment å skulle forhindre.¹⁸⁰

En antagelse om at avvikende tariffavtaler vil få en slik virkning, bygger på en rekke forutsetninger. Den viktigste er at arbeidsgiver har adgang til å selektere sin arbeidskraft. Arbeidsgiver må ved ansettelse og/eller nedbemanning kunne velge arbeidstakere bundet av den dårligste tariffavtale fremfor arbeidstakere bundet av den bedre avtalen. I kapittel 6.2 skal vi se nærmere på om arbeidsgiver har en slik seleksjonsadgang. Videre forutsetter antagelsen at fagforeningene er villige til å underby hverandre. Hvorvidt dette er tilfellet fordrer både empiriske undersøkelser og sosiologiske vurdering som ligger utenfor rammene for denne oppgaven. Noen generelle betraktninger gjøres likevel om dette i kapittel 6.3 hvor noen spørsmål knyttet til bruk av utenlandsk arbeidskraft drøftes. Avslutningsvis følger en sammenfatning og konklusjon på problemstillingen: kan ufravikelighetsprinsippet begrunnes i faren for sosial dumping?

6.2 Arbeidsgivers seleksjonsadgang

6.2.1 Ansettelse

I kraft av styringsretten står arbeidsgiver i utgangspunktet fritt til å velge hvem han vil ansette.¹⁸¹ Styringsretten er imidlertid underlagt en rekke begrensninger, bl.a. likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel X A. Likebehandlingsreglene forbyr forskjellsbehandling på flere grunnlag, herunder medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner jfr. aml. § 54B. Reglene får anvendelse ved alle sider av arbeidsforholdet, fra stillingsutlysning til opphør jfr. aml. § 54A. Følgelig kan

¹⁸⁰ Se kapittel 3.2.1.

¹⁸¹ Se bl.a. Jakhelln 2004 s. 41 flg., særlig s. 47-49.

arbeidsgiver i utgangspunktet ikke legge vekt på søkerens organisasjonstilknytning ved ansettelse. Arbeidsgiver har heller ikke adgang til å innhente informasjon om – og i tilfelle hvor – søkeren er organisert jfr. aml. § 54D nr. 4 antititisk.

Brudd på likebehandlingsreglene kan utløse et erstatnings- og oppreisningsansvar for arbeidsgiver jfr. aml. § 54J. Bestemmelsen åpner også for ugyldighet, men dette vil neppe være praktisk i ansettelsestilfellene. Uavhengig av arbeidsgivers rettsbrudd overfor den diskriminerte vil det formodentlig foreligge en gyldig ansettelsesavtale mellom arbeidsgiver og den som faktisk ble ansatt.

Arbeidsmiljøloven kapittel XA gjennomfører Rådsdirektiv 2000/78/EF.¹⁸² Direktivet forbyr forskjellsbehandling på en rekke grunnlag jfr. artikkel 1, men omhandler ikke organisasjonsretten. Fortolkningsspørsmål knyttet til likebehandlingsreglenes vern av organisasjonsretten må derfor løses på bakgrunn av praksis etter den nå opphevede aml. § 55A og Norges folkerettslige forpliktelser jfr. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 32 og NOU 2003:2 s. 63. Aml. § 55A forbød arbeidsgiver å kreve oppgitt hvorvidt søkeren var fagorganisert. Gjennom rettspraksis utviklet dette seg også til et forbud mot å gjøre ansettelse betinget av at søkeren ikke var eller ville la seg organisere ("yellow-dog klausuler") jfr. Rt-2001-248 "Ambulansesjåførdommen," eller organisert i en bestemt fagforening (close shop-klausuler) jfr. Rt-2001-1413 "Norsk Folkehjelpdommen."¹⁸³

Lovens forbud mot forskjellsbehandling er imidlertid ikke absolutt. Indirekte forskjellsbehandling, det vil si *"enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling, eller unnlatelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre"*, er tillatt dersom denne er *"saklig begrunnet"* og midlene som er valgt for å oppnå formålet er *"hensiktsmessige og nødvendige"* jfr. aml. § 54C nr. 2.¹⁸⁴ Det oppstilles følgelig et krav om proporsjonalitet mellom mål og middel.

Hvis arbeidsgiver er økonomisk ute av stand til å etterleve den dyreste tariffavtalen, vil det da være *saklig* av arbeidsgiver å heller velge søkere bundet av den rimeligere tariffavtale? Forskjellsbehandlingen vil i så fall ikke være direkte knyttet til søkerens organisasjonstilknytning, men til hva arbeidsgiver har råd til å betale.

¹⁸² Kapittelet ble tilføyd ved lov 26. mars 2004 nr. 15 og trådte i kraft 1. mai 2004. Samtidig ble aml. §55A ble opphevet.

¹⁸³ Se nærmere om dette i Fougner/Friberg /Holo s. 496-497.

¹⁸⁴ Det oppstilles følgelig et krav om proporsjonalitet mellom mål og middel

Forarbeidene gir ikke noen nærmere anvisning på hva som ligger i dette saklighetskravet, hva som er saklig må bero på en konkret vurdering.¹⁸⁵ I utgangspunktet synes det saklig av arbeidsgiver å ansette de arbeidstakere han har råd til å lønne; økonomiske driftshensyn er normalt ansett for å være et saklig hensyn i norsk arbeidsrett.¹⁸⁶ På den annen side har arbeidsgiver frivillig inngått også den dyrere tariffavtalen, enten selv eller indirekte gjennom medlemskap i en arbeidsgiverforening.¹⁸⁷ Arbeidsgiver synes da nærmest til å bære risikoen for sin egen evne til å etterleve sine tariffrettslige forpliktelser.¹⁸⁸ Det er videre slik at arbeidsgivers plikt til å tilstrebe likebehandling ikke er begrenset til de tilfeller hvor dette ikke medfører økonomiske kostnader. Visse økonomiske offer må arbeidsgiver legge på likebehandlingens alter.¹⁸⁹ Det kan derfor ikke være saklig å forskjellsbehandle kun for å redusere lønnsutgiftene, et absolutt krav må være at arbeidsgiver overhodet ikke har økonomisk evne til å lønne flere ansatte iht. den dyreste tariffavtalen. Dette følger for så vidt også av proporsjonalitetskravet; forskjellsbehandlingen må være nødvendig.¹⁹⁰ Problemstillingen er derfor neppe særlig praktisk. Dersom arbeidsgiver ikke har økonomisk evne til å etterleve den tariffavtale han har inngått, er det nærliggende å anta at han heller ikke vil ha økonomisk evne til å lønne iht. en annen tariffavtale. Unntak kan dog tenkes der hvor det dreier seg om betydelige forskjeller mellom tariffavtalene. Ved atskillige ansettelser vil også mindre variasjoner mellom tariffavtalene kunne utgjøre et større beløp, men sannsynligheten for at en arbeidsgiver med svak økonomi vil foreta mange ansettelser, er lav.

Saklighetskravet i aml. § 54C nr. 2 må videre tolkes i lys av organisasjonsrettens menneskerettslige vern.¹⁹¹ Kjernen i den individuelle, positive organisasjonsretten er at

¹⁸⁵ Jfr. Ot.prp. nr.104 (2002-2003) s.36.

¹⁸⁶ F.eks. oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold jfr. aml. §60 nr. 1.

¹⁸⁷ At tariffavtalen eventuelt er inngått som et resultat av arbeidskamp endrer ikke dette.

¹⁸⁸ Se forøvrig Fanebust s. 75 med henvisning til NAD-1984-85-398.

¹⁸⁹ Illustrerende i så måte er aml. §54F: "*arbeidsgiver så langt der er mulig og rimelig [skal] tilrettelegge arbeidet for arbeidstakere med funksjonshemming.*"

¹⁹⁰ Se Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s. 36.

¹⁹¹ Jfr. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 32, og petitavsnittet ovenfor.

den organiserte ikke skal behandles dårligere *fordi* vedkommende er organisert.¹⁹² Det er ikke like klart at det også gjelder et vern mot indirekte forskjellsbehandling pga. medlemskap i en fagforening fremfor en annen.

Problemstillingen synes ikke å ha vært behandlet i særlig grad, verken i rettspraksis, konvensjonspraksis eller rettslig teori. Som vist i kapittel 2.2.1 er organisasjonsretten hjemlet i en rekke ulike konvensjoner med ulikt innhold og rekkevidde. Det er derfor vanskelig å definere organisasjonsretten klart. Da vår problemstilling i tillegg ligger så vidt langt utenfor organisasjonsrettens kjerne, blir den tilvarende vanskeligere å håndtere. Den indirekte forskjellsbehandlingen kan dermed ikke vurderes opp mot organisasjonsretten generelt, man må derimot ta utgangspunkt i enkelte elementer av organisasjonsretten. Hvilke konsekvenser vil forskjellsbehandlingen kunne få for utøvelsen av disse elementene?

En konsekvens kan være at arbeidssøkere bundet av den beste tariffavtalen sier opp sitt fagforeningsmedlemskap for dermed letter å bli ansatt.¹⁹³ Dette kan være problematisk særlig i forhold til ILO-konvensjon nr. 98. Iht. art. 1 skal *"arbeidstakerne nyte tilstrekkelig vern mot all diskriminering som innebærer et angrep på foreningsfriheten"* og vernet *"skal særlig være rettet mot handlinger som er bereknet på å gjøre sysselsettingen av en arbeider betinget av at han ikke skal slutte seg til en fagforening eller skal oppgi fagforeningsmedlemskap."*¹⁹⁴ Artikkelen retter seg først og fremst mot de tilfeller hvor arbeidsgiver nekter arbeidstakerne å være organisert. Det kan imidlertid ikke utelukkes at også arbeidsgivers indirekte forskjellsbehandling av arbeidssøkere organisert i en bestemt forening omfattes. Den manglende konvensjonspraksis gjør det imidlertid vanskelig å konkludere.

¹⁹² Jfr. Olsson 2003 s. 369-371.

¹⁹³ Arbtvl. § 3 nr. 2 vil neppe forhindre dette. Dersom arbeidsgiver mot formodning skulle være bundet av den samme tariffavtale som arbeidstakeren eventuelt var bundet av hos sin forrige arbeidsgiver, vil fagforening likevel neppe vil ha kapasitet til å kontrollere at bestemmelsen etterleves ved skifte av arbeidsgiver.

¹⁹⁴ Slik også Olsson 2003 s. 179. En slik praksis vil trolig heller ikke være i overensstemmelse med ESP art. 5, jfr. Olsson 2003 s. 220.

Et annet spørsmål er om forskjellsbehandlingen innebærer et angrep på arbeidstakernes rett til fritt fagforeningsvalg jfr. ILO-konv 87 art. 2, SP art. 22 nr. 1, ØSK art. 8 nr. 1, ESP art. 5 og EMK art. 11. Hvis medlemsskap i fagforeningen med den dyreste tariffavtalen gjør det vanskeligere for arbeidstakeren å skaffe seg arbeid, kunne det anføres at arbeidstaker fikk så sterke incitamenter til ikke å velge denne foreningen at vedkommende ikke hadde et reelt valg. En slik argumentasjon vil trolig være noe søkt. Retten til fritt fagforeningsvalg går neppe lengre enn til at arbeidstakerne skal kunne velge fagforening uten det offentliges innvirkning, samt en rett til å danne alternative foreninger.¹⁹⁵

Den kollektive organisasjonsrett innebærer at fagforeningene skal kunne fremme sine medlemmers interesser, typisk ved tarifforhandlinger. Hvis fagforeningens gode forhandlingsresultat medfører at dens medlemmer blir utkonkurrert på arbeidsmarkedet, kan det spørres om dette ikke er i strid med den kollektive organisasjonsrett. Heller ikke denne innvendingen synes det å være grunnlag for. Som vist i kapittel 4.4 innebærer ikke den kollektive organisasjonsrett en rett til å inngå tariffavtaler. Forhandlinger skal gjøres mulige, men fagforeningene har ikke noe ubetinget krav på at tariffavtaler inngås - langt mindre et krav på at disse gis det ønskede innhold.¹⁹⁶ Det fremstår således som meget tvilsomt om det vil være i strid med organisasjonsretten at gode forhandlingsresultater i gitte situasjoner også kan medføre negative konsekvenser for fagforeningens medlemmer.¹⁹⁷

Det foreligger følgelig ikke klare holdepunkter for at den indirekte forskjellsbehandlingen av arbeidssøkere bundet av den dyreste tariffavtalen innebærer en krenkelse av organisasjonsrettens menneskerettslige vern. Etter mitt skjønn kan det derimot heller ikke konkluderes med det motsatte. Så lenge det ikke foreligger noen konvensjonspraksis knyttet til problemstillingen, må spørsmålet anses for uløst.

¹⁹⁵ Jfr. Olsson 2003 s. 365 og s. 138-142 (ILO-konv 87 art. 2) s. 212 (SP art. 22 nr. 1) s. 235 (ØSK art. 8 nr. 1) s. 254 (ESP art. 5) og s. 301 (EMK art. 11).

¹⁹⁶ Jfr. Olsson s. 170 og 371-372 om forholdet til ILO-konv. 87 & 98, EMK art. 11, ØSK art. 8, SP art. 22 og ESP art. 5. Se også Fougner 2004 s. 63, 68, 70 og 73.

¹⁹⁷ Annerledes vil det antageligvis stille seg dersom de negative konsekvensene ble så store at fagforeningen helt ville avholde seg fra å inngå tariffavtaler; forhandlinger vil da ikke være mulige.

Det er mulig at saklighetskravet i aml. § 54C nr.2 av hensyn til ILO-konvensjon nr. 111, må tolkes slik at unnlattelse av å ansette arbeidssøkere bundet av den dyreste tariffavtale ikke under noen omstendigheter kan anses som saklig indirekte forskjellsbehandling. Iht. konvensjonens artikkel 2 jfr. artikkel 1 nr. 1 a, er Norge forpliktet til å føre en politikk som begrenser muligheten for diskriminering av arbeidstakere pga. deres politiske oppfatning. Det kan argumenteres for at ikke bare det å la seg organisere, men også hvilken fagforening man velger, er et politisk valg og uttrykk for en politisk oppfatning. F.eks. kan det tenkes at en arbeidstaker velger å organisere seg i et LO-forbund pga. LOs tradisjonelle støtte til Arbeiderpartiet.¹⁹⁸ På den annen side trenger det ikke å ligge noen politiske vurderinger bak valget, arbeidstakeren velger den forening som kan tilby de beste forsikringsordningene eller høyeste tariff.¹⁹⁹ Av hensyn til oppgavens rammer vil forholdet til ILO-konvensjon nr. 111 ikke bli behandlet nærmere.

Hvorvidt den indirekte forskjellsbehandling kan anses saklig iht. aml. § 54C nr. 2 fremstår etter dette som usikkert. Forskjellsbehandlingens usikre forhold til organisasjonsrettens folkerettslige vern, kan i seg selv være et argument mot å anse denne som saklig. Ved å operere med en slik "sikkerhetsmargin" vil man kunne avskjære enhver usikkerhet knyttet til en eventuell konvensjonsstrid. Et slikt synspunkt kan alene ikke være avgjørende, men bør kunne anføres med en viss tyngde dersom sterke mothensyn ikke gjør seg gjeldende. Selv er jeg tilbøyelig til å helle til at forskjellsbehandlingen er usaklig. Hvis arbeidsgiver ikke har råd til å etterleve tariffavtalen, får han heller unnlate å lønne tariffmessig. Dette vil være et klart tariffbrudd som fagforeningen kan bringe inn for Arbeidsretten. Dersom man åpner for at arbeidsgiver skal kunne foreta en selektering på økonomisk grunnlag kan man risikere at dette gjøres også der hvor arbeidsgiver har økonomisk evne til å etterleve tariffavtalen.

Selv om arbeidsgiver skulle ha saklig grunn til indirekte forskjellsbehandling, må forbudet mot å innhente informasjon om søkeres organisasjonstilknytning likevel

¹⁹⁸ Det må presiseres at konvensjonens vern mot politisk diskriminering neppe kun er knyttet til partipolitisk oppfatning.

gjelde fullt ut. Hensynet til et effektivt vern av organisasjonsretten taler for dette. Den motsatte løsning ville for det første kunne gi arbeidsgiver en mulighet til bevisst å velge uorganiserte fremfor organiserte. Dette ville stride mot likebehandlingsreglenes grunnleggende formål, nemlig ”å hindre at folk blir stengt ute fra arbeidslivet på grunn av ... medlemskap i lønnstaker- eller andre organisasjoner.”²⁰⁰ For det annet ville det være en fare for at arbeidsgiver ville ha innhentet slik informasjon også i de tilfeller hvor han har økonomisk evne til å etterleve den beste tariffavtalen.

Ansettelsesprosessens lukkede karakter gjør det nødvendig med klare og absolutte regler for å sikre et reelt vern mot usaklig forskjellsbehandling.²⁰¹ Spørsmålet om saklig indirekte forskjellsbehandling vil dermed uansett kun oppstå der hvor arbeidsgiver på annen måte har mottatt informasjon om søkerens organisasjonstilknytning.

Etter dette må det anses som klart at arbeidsgiver ikke har rettslig adgang til å selektere sin arbeidskraft etter organisasjonstilknytning ved ansettelse. Det kan muligens være adgang til indirekte forskjellsbehandling, men dette er neppe særlig praktisk da det må dreie seg om betydelige variasjoner mellom tariffavtalenes lønnsnivå og at arbeidsgiver må sitte med informasjon om søkerens organisasjonstilknytning som han ikke selv har innhentet. Den samlede konklusjon må derfor bli at arbeidsgiver ikke har rettslig adgang til å foreta en effektiv seleksjon ved ansettelse.

6.2.2 Oppsigelse

For å kunne bringe et arbeidsforhold til opphør ved oppsigelse, må arbeidsgiver ha saklig grunn i enten arbeidstakers, arbeidsgivers eller virksomhetens forhold jfr. aml. § 60 nr. 1.

Arbeidstakerens fagforeningsmedlemskap som sådan vil ikke være saklig.²⁰² I dag er dette presisert i likebehandlingskapittelet som slår fast at en oppsigelse gitt på et slikt grunnlag vil innebære en ulovlig forskjellsbehandling jfr. aml. § 54A nr. 2 d) jfr. § 54B.

²⁰⁰ Uttalte av saksordføreren i Odelstinget ved innføringen av aml. §55A jfr. Fougner/Friberg/Holo 2003 s. 493.

²⁰¹ Dette må antas å gjøre seg gjeldene til tross for bevisbyrderegel i aml §54I.

²⁰² Se f.eks. Jakhelln 2004 s. 476.

Dette må få betydning også for saklighetsvurderingen etter aml. § 60. Bestemmelsene lest i sammenheng taler for en slik forståelse.

Også før innføringen av likebehandlingsreglene i 2004 måtte resultatet ha blitt det samme. Oppsigelse begrunnet i organisasjonstilknytning vil utvilsomt innebære et brudd på Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonen 98 art. 1 nr.1, SP 22 nr. 1, ØSK art 8 nr. 1 a, ESP art. 5 og EMK art. 11 nr. 1. Aml. § 60 må tolkes i lys av dette, noe som bl.a. kom frem i Rt-2001-248 "Ambulansesjåførdommen" og Rt-2001-1413 "Norsk Folkehjelpdommen".²⁰³ Dommene gjaldt som nevnt lovligheten av organisasjonsklausuler ved ansettelse, men Høyesterett uttalte seg også om saklighetskravet i aml. § 60. I Rt-2001-248 (259) uttales følgende:

"[D]ersom en arbeidstaker... fagorganiserer seg, og dette blir brukt som begrunnelse for oppsigelse, kan det ikke være tvilsomt at oppsigelsen ordinært vil være usaklig."

Dette synet ble fulgt opp av en tilsvarende uttalelse i Rt-2001-1413. Selv om begge uttalelsene inngikk i dommenes obiter dicta var de utvilsomt en konstatert av gjeldene rett.

Hvis den oppsagte krever det, skal en usaklig oppsigelse kjennes ugyldig og den oppsagte skal gjeninntre jfr. aml. § 62 første ledd.²⁰⁴ Det kan også gis dom for erstatning og oppreisning jfr. aml. § 62 annet ledd.

En hver virksomhet kan få behov for nedskjæringer og rasjonalisering, enten for å sikre den videre drift eller for å oppnå et større overskudd. Forutsatt at det er foretatt en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for nedskjæringer og de ulemper oppsigelsen påfører arbeidstaker. samt at arbeidsgiver ikke har annet arbeid å tilby, vil en oppsigelse begrunnet i rasjonaliseringshensyn normalt være saklig jfr. aml. § 60 nr. 1 og 2.²⁰⁵

²⁰³ Nærmere om vernet i konvensjonene se Olsson 2003 s. 369-371 og spesielt for ILO s. 176-177, SP s. 219, ØSK s. 243, ESP s. 264, EMK s. 302.

²⁰⁴ Dersom retten finner det åpenbart urimelig at arbeidsforholdet videreføres, kan den etter påstand fra arbeidsgiver gi dom for at arbeidsforholdet skal opphøre selv om oppsigelsen var usaklig, jfr. aml. § 60 første ledd annet punktum.

²⁰⁵ Se Fanebust s. 108 flg.

Arbeidsgiver vil som regel ha flere aktuelle kandidater å velge mellom når han i en rasjonaliseringsprosess skal gå til oppsigelser. I vurderingen av oppsigelsens saklighet stilles det ikke bare krav til at arbeidsgiver har hatt saklig grunn til å gå til oppsigelse, også utvelgelsen av hvem som skal sies opp må være forsvarlig og skje etter saklige hensyn.²⁰⁶ Ansiennitets og kvalifikasjonshensyn er hyppig benyttet som utvelgelseskriterier. Det som i det følgende skal drøftes nærmere er om arbeidstakernes lønnsvariasjoner der hvor dette beror på ulik organisasjonstilknytning vil være et saklig utvelgelseskriterium.

Det må her trolig skilles mellom de tilfeller hvor arbeidsgiver i samråd med de ansatte blir enige om utvelgelseskriteriene, og der hvor arbeidsgiver ensidig fastsetter disse.

Ved masseoppsigelser, dvs. oppsigelser av minst 10 arbeidstakere innenfor 30 dager, plikter arbeidsgiver å innlede drøftinger med de tillitsvalgte for om mulig å redusere antall oppsigelser og de uheldige sidene ved disse jfr. aml. § 56 A nr. 1 og 2. Forut for drøftelsene skal de tillitsvalgte gis innsyn i alle relevante opplysninger, herunder hvilke utvelgelseskriterier arbeidsgiver akter å benytte jfr. aml. § 56 A nr. 3. Arbeidsgiver og de tillitsvalgte/fagforeningene vil deretter i fellesskap søke å komme frem til hvilke kriterier som skal anvendes. Dersom partene blir enige om at arbeidstakernes lønn skal benyttes som kriterium, skal det trolig mye til for at domstolene ved senere tvist kjenner disse usaklige, jfr. Rt-1987-117 og Rt-1992-776.²⁰⁷ Det samme må antas å gjelde ved mindre rasjonaliseringsprosesser hvor reglene om masseoppsigelse ikke kommer direkte til anvendelse. Et annet forhold er at fagforening som har inngått den beste tariffavtalen neppe vil akseptere et slikt utvelgelseskriterium.

Det interessante spørsmål blir dermed hvordan situasjonen stiller seg der hvor arbeidsgiver ensidig bestemmer at arbeidstakernes tariffestede lønnsnivå skal tillegges vekt ved utvelgelsen. Spørsmålet er så vidt vites verken behandlet i juridiske teori eller rettspraksis.

²⁰⁶ Se bl.a. Jakhelln 2004 s. 379, Fougner 2003 s. 259-260 og Fanebust s. 171 flg.

²⁰⁷ Fougner 2003 s. 261

I utgangspunktet synes det saklig å legge vekt på de tariffmessige ulikheter. Ved å si opp de ”dyreste” arbeidstakerne økes inntjeningspotensialet, noe som kan føre til at antall oppsigelser reduseres. Det er imidlertid her grunn til å minne om at det skal foretas en konkret interesseavveining i hvert enkelt tilfelle jfr. aml. § 60 nr. 2 annet punktum.²⁰⁸ Dette innebærer at en oppsigelse som i utgangspunktet bygger på saklige kriterier ikke nødvendigvis vil være saklig, f.eks. der hvor den oppsagte er gjeldstynget og aleneforsørger.²⁰⁹

Selv om det er lønnsnivået og ikke fagforeningsmedlemskapet som sådan som tillegges vekt ved utvelgelsen, vil organisasjonstilknytningen indirekte være årsaken til utvelgelsen. Dette vil i utgangspunktet måtte antas å være i strid med likebehandlingskravet i aml. § 54B nr. 1 jfr. § 54A nr. 2 d, med mindre det dreier seg om saklig indirekte forskjellsbehandling jfr. § 54C nr. 2. Som nevnt under den tilsvarende drøftelsen om indirekte forskjellsbehandling ved ansettelse i kapittel 6.2.1, gir ikke forarbeidene til aml. § 54C nr. 2 noen nærmere veiledning for saklighetsvurderingen. Heller ikke indirekte forskjellsbehandling ved oppsigelse synes å være særlig behandlet i konvensjonspraksis og det vises for så vidt til betraktningene gjort i kapittel 6.2.1.²¹⁰

Olsson viser dog til en uttalelse fra ILOs Ekspertkomité i Session 78, 1999 s. 251.211 I forbindelse med en rasjonaliseringsprosess i Bank of Brazil ble det utarbeidet en nedbemanningsplan hvorefter en eventuell nedbemanning særlig skulle ramme arbeidstakere som ”work the least and demand the most”. Komiteen uttalte et slikt utvelgelseskriterie var egnet til å svekke de ansattes organisasjonsrett og dermed kan være problematisk i forhold til ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 1. Komiteen påla derfor den brasilianske regjering å undersøke om utvelgelseskriteriet hadde blitt anvendt i praksis og om det var tatt nødvendige skritt for å sikre arbeidstakerne ”against all acts of anti-trade union discrimination that may arise with restructuring.”

²⁰⁸ Hvorvidt man velger å se på interesseavveiningen som et krav til utvelgelseskriteriene eller som et krav om en etterfølgende avveining, vil trolig gå ut på det samme.

²⁰⁹ Se f.eks. Rt-1986-879.

²¹⁰ Heller ikke ILO-konvensjon nr. 158 synes å regulere spørsmål om hvilke utvelgelseskriterier som kan benyttes. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men kan få betydning ved tolkningen av konv.nr. 98.

²¹¹ Olsson 2003 s. 181.

Det kan ikke utelukkes at vektlegging av tariffestet lønnsnivå ved utvelgelse kan være i strid med organisasjonsrettens menneskerettslige vern.

En innvending mot utvelgelseskriteriets saklighet kan tenkes reist ut fra et mer prinsipielt og systemmessig synspunkt. Dersom arbeidsgiver i nedbemanningstilfeller tillates å legge vekt på tariffmessige ulikheter, vil dette kunne medføre at fagforeningene under tariffforhandlingene modifierer sine krav for ikke å risikere å oppnå ”for gode” resultater. Ut fra en samfunnsøkonomisk betraktning kan dette fremstå som ønskelig. Det er ingen grunn til å oppmuntre fagforeningene til å presse gjennom krav arbeidsgiver ikke har økonomisk evne til å etterleve. Som vi skal se nærmere på i kapittel 7.3 er de samfunnsøkonomiske hensyn langt på vei ivaretatt av en rekke ikke-rettslige mekanismer slik som det inntekstpolitiske samarbeid og frontfagsmodellen.²¹² Den kollektive arbeidsrett bygger på den grunnleggende forestilling om partenes jevnbyrdighet. Hvis fagforeningene modererer sine krav vil dette medføre en forrykking av styrkeforholdet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden som vanskelig lar seg forsvare.²¹³

Et annet forhold som taler mot å tillate arbeidsgiver å legge vekt på tariffmessige forskjeller er faren for at oppsigelser som reelt sett er begrunnet med å ramme den dyreste forening blir kamouflert som begrunnet i ”*virksomhetens forhold*.”²¹⁴

Etter dette må spørsmålet om tariffmessige lønnsvariasjoner vil være et saklig utvelgelseskriterie anses som åpent. Etter mitt syn veier faren for at arbeidsgiver skal

²¹² Frøland om det inntekstpolitiske samarbeid: ”Gjennom dialog, løfter og tilbud av ulike goder som påvirker inntektsnivået, søker regjeringen å påvirke partenes preferanser, strategier, og taktikker innenfor rammene av helhetstiltak. Målet er å bevege dem til frivillig å forhandle frem moderate lønnsoppgjør.” Stokke/Evju/Frøland s. 214, om frontfagsmodellen, se samme sted 160 flg. Se for øvrig kapittel 7.3 i nærværende fremstilling, samt vedlegget.

²¹³ Arbeidsgivers aktive posisjonering forut for tariffrevisjoner kan muligens innebære et brudd på fredsplikten, se kapittel 6.2.5.

²¹⁴ Slik også Fanebust s. 172. Vedrørende ILO-konvensjon nr. 98 se Olsson 2003 s. 180 med henvisning til Digest 1996 p. 718: “Acts of anti-trade union discrimination should not be authorized under the pretext of dismissals based on economic necessity”

kamuflere organisasjonsfiendtlige oppsigelser som oppsigelser pga. virksomhetens forhold så tungt at utvelgelseskriteriet ikke bør anses saklig.

Hvis man skulle komme til at arbeidsgiver kan legge vekt på tariffmessige lønnsvariasjoner ved utvelgelsen, vil dette imidlertid ikke medføre at arbeidsgiver gis en utstrakt adgang til å velge ut de arbeidstakere som er bundet av den dyreste tariffavtalen. For det første må arbeidsgiver ha saklig grunn i virksomhetens forhold for i det hele tatt å gå til oppsigelse. For det annet vil arbeidsgiver kunne være forpliktet til også å ta hensyn til ansiennitet og eventuelt kvalifikasjoner.²¹⁵ For det tredje må det antas at lønnsforskjellene må være betydelige for at det i det hele tatt skal være saklig å legge vekt på disse. Endelig vil kravet til en konkret interesseavveining i hvert enkelt tilfelle innebære en skranke for arbeidsgivers utvelgelsesfrihet.

Arbeidsgivers mulighet til å foreta en effektiv seleksjon av sine arbeidstakere ved nedbemanning må etter dette anses som meget begrensede.

6.2.3 Indirekte seleksjon

Selv om arbeidsgivers adgang til å selektare sin arbeidskraft ved ansettelse og oppsigelse er svært begrenset, kan mer indirekte metoder tenkes tatt i bruk for å påvirke de ansattes organisasjonstilknytning. F.eks. kan de organiserte i fagforening A diskrimineres ved omplassering, manglende forfremmelse, manglende opplæring og etterutdanning eller ved at søknader om innvilgelse av ikke lov- eller avtalepålagt permisjon innvilges i strid med praksis i virksomheten. Dette vil kunne føre til at arbeidstakerne sier opp sin stilling eller melder seg ut av forbundet. Slik forskjellsbehandling vil klart være ulovlig jfr. aml. § 54B nr. 1 jfr. § 54A nr. 2 a og b. Videre vil dette trolig være i strid med det forbud diskriminering pga. fagforeningstilknytning under ansettelsesforholdet som ILO-konvensjonen 98 art. 1 nr. 1, ESP art. 5 og EMK art 11 oppstiller, jfr. Olsson 2003 s. 370.

²¹⁵ Enten på avtalegrunnlag eller annet rettslig grunnlag se Fanebust s. 171 flg. med videre henvisninger.

6.2.4 Seleksjon som tariffbrudd

Partenes gjensidige aksept av organisasjonsretten er en grunnleggende kontraktsforutsetning for enhver tariffavtale.²¹⁶ Dersom arbeidsgiver opptrer organisasjonsfiendtlig vil dette kunne representere et tariffbrudd. Hvorvidt en handling er organisasjonsfiendtlig må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, men oppsigelse begrunnet i at arbeidstakeren er organisert, må generelt kunne betraktes som organisasjonsfiendtlig.²¹⁷ Dette er fastslått i en rekke dommer, bl.a. ARD-1930-75, ARD-1932-178, ARD-1933-108, ARD-1937-125 og ARD-1940-4. I sistnevnte dom uttalte Arbeidsretten følgende:

”En arbeidsgiver som har sluttet tariffavtale med fagorganisasjonen, må antas å ha forpliktet seg til å respektere organisasjonsretten og han kan derfor ikke sette som betingelse for å ansette en arbeider at han forplikter seg til ikke å være organisert.”

I flere av dommene nøyer imidlertid ikke Arbeidsretten seg med å konstatere at det foreligger et tariffbrudd, men uttaler også at oppsigelsene er ugyldige. Hva som nærmere ligger i dette synes dog noe uklart. Arbeidsretten hadde som i dag heller ikke på 1930-40-tallet kompetanse til å avgjøre spørsmål knyttet til individuelle arbeidsforhold jfr. arbtvl. § 7 nr. 2. Det må her bemerkes at dommene, med unntak av ARD-1937-125 og ARD-1940-4, ble avsagt før det gjaldt et generelt stillingsvern.²¹⁸ Dersom den enkelte arbeidstaker ikke kunne forfølge oppsigelsen på individuelt nivå, ville det ikke foreligge noen sanksjonsmulighet overfor arbeidsgiver utover at fagforeningen etter omstendighetene kunne krevd erstatning etter arbtvl. § 4 for tariffbrudd. Det er følgelig mulig at hensynet til en effektiv sanksjon av tariffbruddet samt behovet for en tilstrekkelig preventiv virkning gjorde at Arbeidsretten fant å kunne avsi dom for oppsigelsens ugyldighet. Problemstillingen vil ikke bli videre forfulgt her. Det vises for øvrig til ugyldighetsdrøftelsen i kapittel 6.2.5.5.

Arbeidsretten har så vidt vites ikke behandlet spørsmålet om en oppsigelse som ikke er begrunnet med at vedkommende som sådan er organisert, men at han er organisert i en

²¹⁶ Anerkjennelse av organisasjonsretten kan også følge direkte av tariffavtalens ordlyd, se f.eks. Hovedavtalen LO-NHO (2002-2005) §2-1.

²¹⁷ Slik også Jakhelln 2004 s. 476.

²¹⁸ Om innføringen av et generelt stillingsvern se kapittel 5.2.2.6.

bestemt forening vil være organisasjonsfiendtlig. Selv om organisasjonsretten generelt ikke angripes, vil det utvilsomt virke sterkt hemmende på den aktuelle fagforenings mulighet for å bedrive fagforeningsarbeid. Etter mitt skjønn synes det derfor nærliggende å anse også en slik oppsigelse som organisasjonsfiendtlig. Som vist i kapittel 6.2.1 og 6.2.2 gir de folkerettslige kilder liten veiledning når det gjelder dette spørsmålet, og løsningen må anses svært usikker.

Når det gjelder arbeidsgivers unnlattelse av å ansette arbeidstakere pga. at søkeren er organisert eller organisert i en bestemt forening må anses organisasjonsfiendtlig på samme måte som ved oppsigelse.

6.2.5 Seleksjon som fredspliktsbrudd

6.2.5.1 Kort om arbeidskamp og fredsplikt

Det kollektive arbeidsliv kjennetegnes bl.a. ved at partene kan gå til arbeidskamp i forbindelse med tariffforhandlingene for å få gjennomslag for sine krav. Dette følger forutsetningsvis av bl.a. arbtvl. § 6 nr. 3. Når det så er inngått tariffavtale, faller retten til å benytte arbeidskamp bort. I tariffperioden gjelder det en gjensidig fredsplikt mellom partene, arbeidskamp kan ikke benyttes for å endre de forhold som direkte eller indirekte er regulert i tariffavtalen jfr. arbtvl. § 6 nr. 3 antitetisk.

Uavhengig av arbeidstvistloven og tjenestetvistlovens bestemmelser, er det også antatt at fredsplikten følger av tariffavtalen som en grunnleggende kontraktsforutsetning.²¹⁹ Fredsplikten er ansett nødvendig for at tariffavtalen skal kunne sikre tilstrekkelig stabilitet og forutberegnelighet for partene og deres medlemmer. Den lovfestede fredsplikt kan også til en viss grad begrunnes i et ønsket om å begrense samfunnsskadelig arbeidskamp.²²⁰

²¹⁹ Se bl.a. Berg s. 194 og Fougner 2004 s. 253. Det er heller ikke uvanlig at fredsplikten eksplisitt kommer til uttrykk i tariffavtalen, s f.eks. Hovedavtale mellom NAVO og LO (2003-2007) §12. Med mindre annet særskilt fremkommer forutsettes i det følgende at omfanget av fredsplikten er sammenfallende etter de to rettsgrunnlag, om et eventuelt skille her, se Stokke/Evju/Frøland s. 135–136.

²²⁰ Jfr. Fougner 2004 s. 263-264

Det som skal vurderes i det følgende er om arbeidsgivers individuelle oppsigelser av arbeidstakere bundet av den beste tariffavtale kan betraktes som arbeidskamp. I så fall vil arbeidsgiver iht. fredsplikten være avskåret fra å gjennomføre slike oppsigelser i tariffperioden.

6.2.5.2 Den faktiske handling og hensiktens betydning

Det typiske arbeidskampmiddel som anvendes av arbeidsgiver er lockout (arbeidsstegning). Lockout iverksettes gjerne som en motreaksjon på streik og innebærer at arbeidstakerene stenges ute fra arbeidsplassen, se arbtvl. § 1 nr. 6. Iht. de enkelte arbeidsavtaler er imidlertid arbeidsgiver pliktig til å tilby arbeidstakeren arbeid og betale lønn for dette. Utestengelse av disse vil således i utgangspunktet innebære at arbeidsgiver misligholder arbeidsavtalene. For å unngå dette må arbeidsgiver derfor bringe de aktuelle arbeidsforhold til opphør gjennom kollektive oppsigelser, såkalt plassoppsigelse jfr. arbtvl. § 1 nr. 7. Videre må det sendes melding til Riksmeglingsmannen jfr. arbtvl. § 28 første ledd. Lockouten kan deretter iverksettes ved utløpet av plassoppsigelsesfristen og minimum fire dager etter at varsel ble sendt Riksmeglingsmannen. jfr. arbtvl. § 29 nr. 1. Plassoppsigelse skiller seg fra ordinære og individuelle oppsigelser på særlig to punkter. For det første trenger ikke arbeidsgiver saklig grunn til oppsigelse utover at denne benyttes som et arbeidskampmiddel. For det annet er oppsigelsene ikke definitive; de oppsagte skal tas inn igjen når konflikten er over.

Hva hvis arbeidsgiver ikke går frem etter arbeidstvistlovens system med kollektiv plassoppsigelse og varsel til Riksmeglingsmannen, men går til individuelle oppsigelser iht. til reglene i arbeidsmiljøloven? Vil slike individuelle og endelige oppsigelser også kunne betraktes som lockout i arbeidstvistlovens forstand? Ordlyden i arbtvl. § 1 nr. 6 er ikke til hinder for en slik forståelse jfr. *"hel... arbeidsstans..., uten hensyn til om andre arbeidere tas inn istedenfor de utestengte."* Uansett er det i fredspliktsbestemmelsen uttrykkelig nevnt at også bruk av *"annen arbeidskamp"* er forbudt under fredsplikt jfr. arbtvl. § 6 nr. 3. Arbeidstvistloven har ingen legaldefinisjon av *"annen arbeidskamp."* Passusen fremstår som en sekkebestemmelse som omfatter videre enn bare arbeidsnedleggelse (streik) eller arbeidsstenging (lockout) etter arbtvl. §

1 nr. 5 og 6.²²¹ Iht. rettspraksis og teori omfatter ”annen arbeidskamp” enhver aksjon som har til hensikt å tvinge frem en løsning i en retts- eller interesseløst.²²² Dette følger for så vidt også av ordlyden i arbtvl. § 6 nr. 3 ”må ikke søkes løst ved.”

Arbeidsretten har i en rekke saker lagt til grunn at individuelle oppsigelser, eller trussel om individuelle oppsigelser, kan være et arbeidskampmiddel, jfr. ARD-1922-82, ARD-1939-28, ARD-1988-19 og ARD-1988-151. Retten har ikke eksplisitt tatt stilling til om det dreide seg om arbeidsstegning eller annen arbeidskamp, kun nøydt seg med å konstatere at det foreligger arbeidskamp.

Det er følgelig arbeidsgivers formål med oppsigelsene og ikke dens ytre kjennetegn som er avgjørende.²²³

6.2.5.3 Arbeidsgiver ønsker å posisjonere seg foran kommende tarifforhandlinger

Som vist i kapittel 6.2.2. vil en vektlegging av tariffbestemt lønnsnivå i en nedbemanningssituasjon, kunne føre til at fagforeningene moderer sine krav ved senere tarifforhandlinger. Slik kan arbeidsgiver eventuelt søke å sikre seg en gunstigere forhandlingsposisjon ved senere tarifforhandlinger. Vil en slik opptreden krenke fredsplikten?

Fredsplikten knytter seg til de forhold som er tariffregulert i inneværende tariffperiode, ikke de resultater som måtte komme i senere tarifforhandlinger; arbeidskampen må være knyttet til en aktuell tvist. Hensynene bak fredspliktsreglene, å sikre ro og forutberegnelighet i tariffperioden, kan imidlertid tale for å gi denne en utvidende anvendelse. Arbeidstakerne vil kunne bli like hardt rammet selv om arbeidsgiver ikke har hatt til hensikt å endre den gjeldende tariffavtale, men påvirke senere forhandlinger.

En viss støtte for en utvidende anvendelse av fredspliktsreglene kan muligens hentes ved å trekke en parallell til forholdet mellom fredsplikten og de politiske

²²¹ Slik også Thorkildsen 2001 s. 317.

²²² Se f.eks. Stokke/Evju/Frøland s. 137.

²²³ En ordinær oppsigelse som er saklig begrunnet i enten virksomhetens eller arbeidstakerens forhold iht. aml. §60, vil således ikke være noe arbeidskampmiddel, se f.eks. Fougner 2004 s. 258.

demonstrasjonsstreiker.²²⁴ Da tariffavtalen ikke regulerer arbeidstakernes og fagforeningenes oppfatninger i politiske spørsmål, faller i utgangspunktet de politiske demonstrasjonsstreiker utenfor det fredsplikten omfatter. Det grunnleggende krav som oppstilles for at politiske demonstrasjonsstreiker ikke skal omfattes av fredsplikten, er at streiken ikke har til hensikt å gripe inn i en retts- eller interessetvist mellom fagforening og arbeidsgiver.²²⁵ M.a.o. må demonstrasjonsstreiker ikke benyttes for å endre tariffregulerte forhold. Den nærmere grensedragningen er fastlagt gjennom Arbeidsrettens praksis, bl.a. ARD-1988-61. Da YS mente at regjeringens forslag til ny inntektsreguleringslov ville gripe inn i både den lovfestede og avtalefestede forhandlingsrett, gikk fagforeningen til politisk demonstrasjonsstreik. NAF hevdet streiken var tariffstridig og stevnet YS inn for Arbeidsretten. Retten kjente streiken både tariffstridig og ulovlig og uttalte (69):

”Selv om formålet, eller hovedformålet, med en aksjon er å demonstrere en politisk oppfatning, har Arbeidsretten i en lang rekke tidligere avgjørelser slått fast at det er et vilkår for tariffmessighet at aksjonen er ubetinget utløst fra og uavhengig av et pågående eller forestående tariffoppgjør.” (Mine understrekninger).

En politisk demonstrasjonsstreik vil således være fredspliktstridig ikke bare når de tariffregulerte forhold angripes, men også der hvor det forhold det streikes over vil kunne enten direkte eller indirekte vil kunne få betydning for kommende tariffforhandlinger. Det må utvises varsomhet med å bygge på dommen for fastleggelsen av fredspliktens omfang for andre tiltak enn politiske demonstrasjonsstreiker. Like fullt viser dommen at det ikke er utenkelig at et arbeidskamptiltak som først vil få sin reelle virkning ved senere tariffforhandlinger, kan rammes av fredsplikten.

Uavhengig av hvilken faktisk innvirkning arbeidsgivers seleksjon vil få for det kommende tariffoppgjør, må arbeidsgiver ha hatt til *hensikt* at seleksjonen skulle føre til at fagforeningene modererte sine lønnskrav. Dersom arbeidsgiver ikke har hatt slik hensikt, kan det over hodet ikke være tale om en fredspliktskrenkende arbeidskamp jfr. om hensiktens betydning i kapittel 6.2.5.2.

²²⁴ Om politiske demonstrasjonsstreiker i sin alminnelighet, se Fougner 2004 s. 299.

²²⁵ Fougner 2004 s. 299.

Det vil kunne by på atskillige problemer for fagforeningen å bevise en slik hensikt hos arbeidsgiver, særlig der hvor seleksjonen foretas i lang tid før tarifforhandlingene.

Rettstekniske hensyn kunne derfor tale for at fredsplikten ikke burde omfatte tiltak som først får sin virkning ved senere tarifforhandlinger. På den annen side er fredsplikts anvendelse på de politiske demonstrasjonsstreiker et eksempel på at man til tross for bevisproblemet har gitt fredsplikten anvendelse. Hvis arbeidsgiver klarer å bevise at demonstrasjonsstreiken helt eller delvis hadde til hensikt å virke inn på en retts- eller interessetvist mellom arbeidsgiver og fagforening, vil streiken kunne kjennes fredspliktsstridig.

Det kan nok tenkes at arbeidsgivers seleksjon av arbeidstakere ved oppsigelse kan innebære et brudd på fredsplikten, men beviskravet knyttet til arbeidsgivers hensikt vil vanskeliggjøre en effektiv håndhevelse. Spørsmålet om arbeidsgivers seleksjon vil være fredspliktsstridig må etter dette anses som åpent.

6.2.5.4 Oppsigelser begrunnet i organisasjonstilknytning

Som nevnt ovenfor i kapittel 6.2.4. følger partenes aksept av organisasjonsretten indirekte av tariffavtalen. Da fredsplikten omfatter alle de tariffregulerte forhold er det nærliggende å reise spørsmålet om arbeidsgivers organisasjonsfiendtlige oppsigelser ikke bare vil representere et tariffbrudd, men også medføre et fredspliktsbrudd. Et slikt syn legges til grunn bl.a. av Berg *Arbeidsrett* 1930 hvor han skriver:

”I og med at tariffavtalen sluttes, er organisasjonsspørsmålet blitt et av de tariffordnede forhold som det der ikke skal reises kamp om så lenge tariffavtalen står ved lag. I fredsplikten etter tariffavtalen ligger derfor en plikt til å godkjenne organisasjonsretten”²²⁶

Berg presiserer at det er fredsplikten etter tariffavtalen og ikke loven som i så fall krenkes. Dette underbygger han med en henvisning til tysk teori. Bergs syn følges opp av Henriksen *Tariffavtaler og fredsplikt* 1956 hvor det heter:

”Lenge før Hovedavtalen ble utformet hadde Arbeidsretten slått fast at aksjoner kunne være tariffstridig selv om de ikke tok sikte på å løse en tvist, hvis man med

²²⁶ Berg s. 198.

”tvist” mener at den ene part ønsker tilsagn om en ordning som den annen part motsetter seg. Organisasjonsfiendtlige aksjoner er således utvilsomt tariffbrudd.”²²⁷

Henriksen presiserer at ikke all organisasjonsskadelig opptreden vil være tariffstridig. Etter hans syn vil arbeidsgiver opptre tariffstridig dersom de ansatte tvinges til å gi opp sitt fagforeningsmedlemskap, hindres i å la seg organisere jfr. ARD-1932-178 eller utsettes for diskriminering ved f.eks. inntak til arbeid jfr. ARD-1933-108.

Spørsmålet om organisasjonsfiendtlige oppsigelser kan innebære et brudd på fredsplikten er så vidt vites ikke behandlet senere, verken i teori eller rettspraksis. Dette kan tyde på at problemstillingen ikke er særlig praktisk. Det har formodningen for seg at en arbeidsgiver som først har inngått en tariffavtale også akter å respektere organisasjonsretten, skjønt man har eksempler på det motsatte, se f.eks. ARD-1988-151. Det er kun organisasjonsfiendtlige oppsigelsers forhold til den tariffestede fredsplikt som er behandlet av Arbeidsretten. Sterke hensyn mot også å la den lovpålagte fredsplikt ramme slike organisasjonsfiendtlige handlinger synes imidlertid ikke å gjøre seg gjeldende.

Arbeidsretten har ikke behandlet spørsmålet om oppsigelser begrunnet i medlemskap i en bestemt organisasjon vil være fredspliktsstridig. I tråd med vurderingene gjort i kapittel 6.5 legges det til grunn at også slike oppsigelser vil være organisasjonsfiendtlige og dermed også omfattes av fredsplikten.

Både oppsigelser begrunnet i at arbeidstakeren er organisert og oppsigelser begrunnet i medlemskap i en bestemt forening vil etter dette kunne rammes av fredsplikten.

6.2.5.5 Rettsvirkninger

Brudd på den lovfestede fredsplikt kan medføre erstatningsansvar etter arbtvl. § 4; erstatning for ulovlig arbeidsstans. Også brudd på den tariffestede fredsplikt vil kunne utløse et erstatningsansvar etter arbtvl. § 4. I begge tilfeller kan det gis dom for at fredspliktsbruddet må opphøre. Rent praktisk vil det derfor ikke ha noen betydning hvorvidt man velger å betrakte handlingen som et tariffbrudd, fredspliktsbrudd eller

²²⁷ Henriksen s. 82.

begge deler. En tariffpart vil likevel ha rettslig interesse i å få fastslått både om det foreligger tariffbrudd og fredspliktsbrudd jfr. f.eks. ARD-1988-61.

Verken fredspliktsbestemmelsen i arbtvl. § 6 nr. 3 eller ansvarsregelen i § 4 oppstiller ugyldighet av kamptiltaket som en mulig rettsvirkning. Arbeidsretten har i en rekke dommer likevel kjent oppsigelser gitt i strid med arbtvl. § 6 nr. 3 ugyldige.²²⁸

Gjennomgående for disse dommene er at arbeidsgiver har møtt fagforeningens krav om tariffavtale med å si opp de organiserte.²²⁹ Ugyldighetsvirkningen er trolig begrunnet i effektivitetshensyn. Fredsplikten anses å være av stor betydning for så vel partene som samfunnet for øvrig og erstatning er antageligvis ikke ansett å virke tilstrekkelig preventivt. Arbeidsgiver vil ha kunnet oppnådd sitt formål med arbeidskampen selv om han i ettertid evt. blir dømt til å betale erstatning.

Praksis er ikke like omfattende hva gjelder arbeidsgivers oppsigelser som er funnet ugyldig som stridende mot den tariffestede fredsplikt. Så vidt vites er det kun avgjørelsene i ARD-1930-155 og ARD-1937-25 som bygger på et slikt resonnement. I begge dommene sa arbeidsgiver opp organiserte for å slippe å lønne iht. tariffavtalen. Ingen av dommen viser eksplisitt til den tariffrettslige fredsplikt, men nøyer seg med å konstatere at oppsigelsene er tariffstridige og ugyldige. Arbeidsrettens vektlegging av arbeidsgivers formål med oppsigelsene tyder på at det er fredsplikten retten har hatt i tankene. I ARD-1930-155 vises det også til Berg:

”Arbeidstageren er i sin gode rett om han krever arbeidsavtalen opfylt på tariffavtalens vilkår. Han skal derfor ikke kunne straffes for at han holder på sin tariff-festede rett. Blir han sagt opp fordi han har gjort det, må opsigelsen regnes som et brudd på tariffavtalens stilltiende naturlige forutsetninger, og følgen synes å måtte være at opsigelsen ikke får rettsvirkninger som en gyldig opsigelse. Men mener arbeidsgiver at det ikke er mulig å la arbeidet fortsette på tariffavtalens vilkår, må han kunne si arbeiderne opp på vanlig måte og stanse driften. Nogen tariffplikt til å holde arbeidet gående har han ikke.”²³⁰

²²⁸ Jfr. ARD-1973-122, ARD-1976-116, ARD-1981-269 & ARD-1988-151.

²²⁹ Med unntak av ARD-1988-151: arbeidsgiver gjorde forlengelse av tidsbegrensede arbeidskontrakter betinget av at arbeidstakerne aksepterte dårligere vilkår enn det som fulgte av tariffavtalen. Arbeidsretten kom til at dette var ulovlig arbeidskamp.

²³⁰ Berg s. 175-176.

Det er i så fall oppsigelsen som arbeidskampmiddel som blir dømt ugyldig. Dette innebærer en plikt for arbeidsgiver til å ta inn igjen de oppsagte. Dersom arbeidsgiver fremholder at oppsigelsene er gyldige som individuelle oppsigelser etter arbeidsmiljøloven, må arbeidstakere eventuelt bringe dette spørsmålet inn for de alminnelige domstoler, Arbeidsretten har ikke kompetanse til å ta stilling til dette spørsmålet jfr. arbtvl. § 7 nr. 2.²³¹ Arbeidsretten kan ta prejudisielt stilling til om oppsigelsen er en reell oppsigelse og ikke et kampmiddel jfr. f.eks. ARD-1981-269 og ARD-1976-188 (194-195).

Tilsvarende kan retten i en oppsigelsessak for de ordinære domstoler ta prejudisielt stilling til om oppsigelsen er brukt som arbeidskampmiddel jfr. f.eks. NAD-1988-1028. De prejudisielle vurderinger vil ikke innebære en rettskraftig avgjørelse av spørsmålet slik at dette kan bringes inn for avgjørelse ved den kompetente domstol jfr. ARD-1988-201.

6.3 Utenlandsk arbeidskraft og sosial dumping

6.3.1 Fagforeningens vilje og arbeidsgivers seleksjonsmulighet

Sosial dumping forutsetter ikke bare at arbeidsgiver kan selektere sin arbeidskraft, arbeidstakerne eller fagforeningene må også være villige til å underby hverandre. Norske fagforeninger er neppe villig til dette. Dette henger sammen med en rekke forhold bl.a. det generelle velstandsnivå samt arbeidsgivers manglende seleksjonsadgang; fagforeningene vil ikke ha noe å tjene på å underby hverandre. Konkurranseforholdet mellom fagforeningene må tvert i mot antas å ha den motsatte effekt, fagforeningene vil heller tilstrebe seg å oppnå gode oppgjør for dermed å gjøre seg attraktive på medlemsmarkedet.

Diskusjonen om sosial dumping i Norge i dag er derfor først og fremst knyttet til bruk av utenlandsk arbeidskraft. EØS-avtalens frie arbeidsmarked innebærer at borgere fra andre EØS-land ikke trenger arbeidstillatelse for å arbeide i Norge.²³² Dette, kombinert

²³¹ Om forholdet mellom de ordinære domstoler og Arbeidsretten, se Rt-1994-1505.

²³² For øvrig er det innført tilnærmet stopp i arbeidsinnvandringen slik at utenlandsk arbeidskraft så å si utelukkende kommer fra EØS-området.

med det forholdsvis høye lønnsnivået, gjør Norge attraktivt for utenlandske arbeidstakere, særlig fra Øst-Europa.²³³ Disse er villige til å arbeide på dårligere vilkår enn norske arbeidstakere, noe som bl.a. er utbredt i bygg- og anleggsbransjen.²³⁴

Sosial dumping er forbeholdt de tilfeller hvor den norske arbeidsgiver ikke er tariffbundet, eller der hvor arbeidstakeren er ansatt av et utenlandsk selskap som operer i Norge, typisk underentreprise. Tariffbundne arbeidsgivere vil være avskåret fra å bedrive sosial dumping. Iht. det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp vil disse være tariffrettslig forpliktet til å lønne uorganiserte utenlandske arbeidstakere iht. tariffavtalen.²³⁵

Det er imidlertid ikke noe i veien for at de utenlandske arbeidstakere organiserer seg i egne fagforeninger, fagforeninger som er forbeholdt nettopp utenlandske arbeidstakere. En slik forening vil muligens være villig til å akseptere dårligere oppgjør enn sine norske konkurrenter. Dersom slike foreninger får høy oppslutning, vil organisasjonstilknytning for utenlandske arbeidstakere være direkte forbundet med nasjonalitet. En annen mulighet er at den tariffbundne arbeidsgiver inngår tariffavtale med en utenlandsk fagforening.²³⁶ Det vil neppe by på store problemer for arbeidsgiver å avdekke søkerens nasjonalitet, enten ved direkte forespørsel eller ved å se hen til navn, språk osv. Arbeidsgiver vil således kunne ansette arbeidstakere bundet av den rimeligste tariffavtalen uten direkte å innhente informasjon om deres organisasjonstilknytning. En slik selektering vil innebære ulovlig forskjellsbehandling pga. nasjonalitet jfr. aml. § 54B nr. 1. Videre vil selekteringen kunne medføre tariffbrudd jfr. kapittel 6.2.4 ovenfor, og endog muligens fredspliktsbrudd overfor de øvrige foreninger jfr. kapittel 6.2.5 ovenfor. Reelt sett er det likevel grunn til å tro at arbeidsgivers faktiske

²³³ Den 1.mai 2004 ble Estland, Latvia, Litauen, Polen, Tsjekkia, Slovakia, Ungarn, Slovenia, Malta og Kypros fullverdige medlemmer av EU. Samtidig ble det ved Rundskriv UDI 2004-017 opA innført overgangsregler slik at man inntil videre skal kunne ha en viss mulighet for kontroll av slik arbeidsinnvandring. For å få arbeidstillatelse må arbeidstakere fra de nye EU-landene blant annet ha et konkret arbeidstilbud på en heltidsjobb som fyller kravene til lønns- og arbeidsvilkår.

²³⁴ Bruk og avlønning av utenlandske arbeidstakere har var stridstema i flere av arbeidskonfliktene ifm. lønnsoppgjøret i 2004, bl.a. Bryggeristreiken og Heismontørstreiken.

²³⁵ Se kapittel 3.2.3.

²³⁶ Hvorvidt dette er praktisk gjennomførbart kan sikkert diskuteres, videre vil en slik konstruksjon kunne avstedkomme en rekke vanskelige rettslige spørsmål, ikke minst lovvalgsspørsmål. Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette.

seleksjonsmulighet i en slik situasjon er større enn der hvor organisasjonstilknytning ikke henger sammen med nasjonalitet. Den blir imidlertid ikke mer rettmessig av den grunn.

6.3.2 Allmenngjøringsloven

Lov om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven) ble vedtatt 4. juni 1993 for å motvirke at det frie arbeidsmarkedet skulle føre til sosial dumping.²³⁷ Loven trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen i 1994 og har iht. § 1-1 til formål *”å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har.”* Dette skal gjøres ved at Tariffnemnda fatter vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler.²³⁸ Vedtak om allmenngjøring kan fattes dersom utenlandske arbeidstakere utfører arbeid på vilkår som samlet sett er *”påviselig dårligere enn hva som er fastsatt i gjeldene landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.”* jfr. allmenngjøringsloven § 1-1.

Vedtak om allmenngjøring vil omfatte alle arbeidstakere i en bransje, eller deler av en bransje, som utfører arbeid av den art tariffavtalen omfatter. Det er ikke tariffavtalen som sådan som blir gjort gjeldene, men dens lønns- og arbeidsvilkår. Dette gjøres gjennom forskrift som dermed vil angi hvilke vilkår som skal gjelde som minimumsvilkår for det aktuelle arbeid jfr. allmenngjøringsloven § 3 femte ledd. Forskriften vil følgelig fungere som en minstelønnslov og utgjøre en offentligrettslig begrensning i tariffpartenes avtalefrihet. Ved å benytte seg av Tariffnemnda kan således de øvrige fagforeninger sensurere tariffavtalen inngått av fagforeninger som organiserer utenlandske arbeidstakere. Loven er foreløpig kun anvendt en gang, nemlig i 2004 da

²³⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-1993) s. 5.

²³⁸ Tariffnemnda oppnevnes av regjeringen og både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden skal være representert jfr. § 2. Begjæring om allmenngjøring må som hovedregel fremmes av arbeidstaker- eller arbeidsgiverforening som er part i den landsomfattende tariffavtale som kreves allmenngjort og som har innstillingsrett etter arbtvl. §11, jfr. allmenngjøringsloven §3.

tre tariffavtaler ved forskrift av 11. oktober 2004 nr. 1396 ble allmenngjort for syv petroleumsanlegg på land.²³⁹

Når dette skrives er allmenngjøringsloven under evaluering av Arbeids- og sosialdepartementet og partene i arbeidslivet er invitert til å komme med innspill.²⁴⁰ Det er særlig lovens beviskrav, ”påviselig dårligere” som har blitt hevdet å svekke lovens effektivitet. Så lenge fagforeningene ikke kan kreve utlevert informasjon om de utenlandske uorganisertes lønnsnivå vil det være vanskelig å begjære allmenngjøring.²⁴¹ Når det gjelder begjæring om allmenngjøring pga. ”påviselige dårligere” vilkår som følger av tariffavtale, vil beviskravet ikke innebære tilsvarende problemer; tariffavtalen vil være tilgjengelig.

6.4 Sammenfatning og konklusjon

Arbeidsgivers mulighet til å selekttere sin arbeidskraft etter organisasjonstilknytning ved ansettelse og oppsigelse er i dag svært begrenset. Ved ansettelse må det antas at arbeidsgiver over hodet ikke har mulighet til å ta hensyn til søkerens organisasjonstilknytning. Det samme må i utgangspunktet gjelde ved oppsigelse. En oppsigelse begrunnet i arbeidstagerens organisasjonstilknytning vil ikke bare være usaklig i forhold til stillingsvernsreglene, men også representere et tariffbrudd overfor den aktuelle fagforening. Etter omstendigheten kan oppsigelsen muligens også innebære et fredspliktsbrudd. At en oppsigelse er tariffstridig, vil også få betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 60.²⁴²

²³⁹ De ”påviselige dårligere” arbeidsvilkår som allmenngjøringsvedtaket skulle til livs fulgte ikke av tariffavtale, men var ensidig fastsatt av arbeidsgiver. Det var også utstrakt bruk av underentrepriser hvor utenlandske selskaper utførte arbeid på anleggene.

²⁴⁰ Jfr. brev fra departementet til partene i arbeidslivet datert 16. februar 2005.

²⁴¹ Jfr. Tariffnemndas vedtak 11. oktober 2004 punkt 4: ”*Det har vist seg å ikke være en enkel oppgave å skaffe til veie dokumentasjon i denne saken. Fagforeningene, i dette tilfellet LO, har ikke generell innsynsrett i uorganiserte/utenlandske arbeidstakers lønnsforhold. LOs erfaring er også at bedriftene er lite samarbeidsvillige, og at arbeidstakerne ikke ønsker å stå frem av hensyn til represalier.*”

²⁴² Se f.eks. RG-1994-1219 En drosjesåfør ble oppsagt da fagforening fremmet krav om tariffavtale. ”*Det er ikke påberopt noen annen årsak til oppsigelsen enn tariffkravet... [D]et [kan] ikke være tvil om at oppsigelsen reelt ble benyttet som et kampmiddel... Oppsigelsen var derfor i den situasjon som forelå usaklig.*”

Hvorvidt det vil være saklig av arbeidsgiver å legge vekt på tariffmessige lønnsforskjeller i utvelgelsen ved nedbemanningsprosesser er usikkert. Kravet til interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for besparelser og oppsigelsens konsekvenser for arbeidstakeren, samt forsvarlighetskravet, innebærer at lønnsnivået uansett ikke kan bli avgjørende. Arbeidsgiver plikter å ta hensyn til også andre forhold, som f.eks. ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold.

Faren for at en adgang til å inngå avvikende tariffavtaler skal føre til et ”sosial dumping” må samlet sett betraktes som liten. En ufravikelighetsforutsetning må derfor ha en annen begrunnelse.

7 Ufravikelighetsforutsetning begrunnet i andre hensyn

7.1 Problemstillingen

Hvis tariffavtalens ufravikelighet ikke er nødvendig for å forhindre sosial dumping, blir spørsmålet om avvikende tariffavtaler på annen måte kan føre til at tariffavtalen ikke vil fungerer etter sitt formål.

7.2 Arbeidsgivers mulighet til å påvirke organisasjonsdannelsen

Fri adgang til å inngå avvikende tariffavtaler vil kunne gi arbeidsgiver mulighet til å påvirke organisasjonsdannelsen i tariffområdet. Ved å komme med større innrømmelser overfor en forening og tilsvarende mindre overfor en annen, vil arbeidsgiver kunne gjøre medlemskap i førstnevnte fagforening mer attraktivt.²⁴³ Dette kan arbeidsgiver ønske for å øke oppslutningen til fagforeninger som oppfattes som mindre brysomme eller som har et politisk syn arbeidsgiver sympatiserer med.

En rettstilstand hvor arbeidsgiver gis en slik mulighet til å ufarliggjøre og avvæpne fagforeningene, vil bryte med den interessekamp hele det kollektive system bygger på.

²⁴³ En viss begrensning ligger i arbtvl. §3 nr. 4 hvoretter en arbeidstaker som melder seg ut av en forening likevel er bundet av denne forenings tariffavtale ut tariffperioden.

Selv ved fraværet av et ufravikelighetsprinsipp vil imidlertid arbeidsgiver være avskåret fra å bedrive en slik prioritering og innvirkning på organisasjonsdannelsen.

For det første vil arbeidsgiver være underlagt en tariffrettslig lojalitetsplikt overfor sine tariffmotparter.²⁴⁴ Dersom arbeidsgiver forfordeler en fagforening i den hensikt å gjøre medlemskap i denne mindre attraktivt og dermed svekke fagforeningens arbeid, vil dette klart innebære et brudd på denne lojalitetsplikten.²⁴⁵

For det annet vil slik forfordeling ramme fagforeningens medlemmer og kan dermed innebære et brudd på den individuelle positive organisasjonsrett. Olsson beskriver dette slik:

”När det gäller skydd mot diskriminering på grund av facklig organisering, så är arbetsgivaren också förhindrad att gynna en särskilt organisation. Arbetsgivaren, vilket följer av den positiva individuella fackföreningsfriheten, har inte rätt att diskriminera någon som tillhör en fackförening som han eller hon inte vill gynna.”²⁴⁶

En rettstilstand som tillater arbeidsgiver å prioritere fagforeninger for å øve kontroll over disse, vil også kunne innebære et brudd på ILO-konvensjon nr. 98. Iht. artikkel 2 nr. 1 er staten forpliktet til å sørge for et adekvat vern mot at arbeidsgiversiden blander seg inn i en fagforenings etablering, aktivitet eller administrasjon. Etter artikkel 2 nr. 2 vil støtte arbeidsgiver yter en fagforening i form av pengehjelp eller annet, i den hensikt å oppnå kontroll over fagforeningen, være å anse som konvensjonsstridig innblanding.²⁴⁷ Arbeidsgiver er ikke direkte forpliktet etter ILO-konvensjon nr. 98, men omfanget av den ulovfestede organisasjonsrett må fastlegges i lys av konvensjonen.²⁴⁸ Arbeidsgivers innblanding vil således kunne innebære en krenkelse av fagforeningens organisasjonsrett, hvilket vil være et tariffbrudd.²⁴⁹

²⁴⁴ Lojalitetsplikten følger av de inngåtte tariffavtaler som sådan, se kapittel 10.

²⁴⁵ Jakhelln 1985 s. 234-235.

²⁴⁶ Olsson 2004 s. 31.

²⁴⁷ Olsson 2003 s. 176.

²⁴⁸ Se kapittel 2.2.

²⁴⁹ Se kapittel 6.2.4

Ufravikelighetsprinsippet er følgelig ikke nødvendig for å forhindre at arbeidsgiver utøver en uheldig påvirkning av organisasjonsdannelsen i tariffområdet.

Lojalitetsplikten er neppe til hinder for at det inngås avvikende tariffavtaler så lenge dette er et resultat av fagforeningenes ulike forhandlingsstyrke og ikke arbeidsgivers onde vilje.²⁵⁰ Hvis arbeidsgiver kun har søkt å ivareta sine interesser på en saklig måte, kan dette ikke anses som illojalt overfor den forening som har oppnådd det dårligste oppgjør.²⁵¹ Heller ikke vil dette innebære et brudd på organisasjonsretten. I svensk teori er dette uttrykt slik:

*”Det bör framhållas att föreningsrätten inte anses hindra att fackföreningar fritt konkurrerar med varandra om fördelar i fråga om anställningsvillkor. Att en arbetsgivare i enlighet med kollektivavtal, som han tvingats träffa, ger bättre löneförmåner åt medlemmar i den avtalsslutande föreningen än åt medlemmar i andra föreningar utgör därför i och för sig inte någon föreningsrättskränkning...”*²⁵²

7.3 Samfunnsøkonomiske hensyn

Lønnsdannelse gjennom tarifforhandlinger er ikke noe som bare vedkommer tariffavtalens parter og medlemmer, den har også direkte betydning for den nasjonale økonomi og sysselsetting. Årsakene til dette vil ikke bli inngående behandlet her, men er søkt forklart ut fra følgende meget forenklede modell: Lønnsvekst fører til økte produksjonskostnader og økt etterspørsel. Dette medfører prisstigning. Prisstigning og økt etterspørsel vil sammen virke inflasjonsskapende. Dersom inflasjonen i norsk økonomi er høyere enn hos våre handelspartnere, vil eksportnæringens konkurranseevne svekkes. Svekket konkurranseevne vil igjen føre til lavere aktivitet og økt arbeidsledighet i den konkurranseutsatte industri.²⁵³ Økt ledighet i denne sektoren vil kunne spre seg til andre sektorer.

Enhver regjering vil derfor være interessert i at lønnsoppgjørene holdes innenfor visse moderate rammer; lønnsøkningen må ikke bli større enn det landets økonomi kan klare. Av hensyn til partenes forhandlingsrett kan imidlertid ikke myndighetene legge rettslig

²⁵⁰ Se kapittel 10.

²⁵¹ Jakhelln 1985 s. 234-235.

²⁵² Schmidt s. 115 – 116.

²⁵³ Se Stokke/Evju/Frøland s. 160 flg.

forpliktende rammer for oppgjørene.²⁵⁴ Det praktiseres i stedet et såkalt inntektspolitisk samarbeid.²⁵⁵ Gjennom tilbud om skatte- og avgiftsendringer, rentenivå osv. kan regjeringen gå i dialog med partene for å påvirke disse til å nå frem til moderate oppgjør.

Det kan argumenteres for at et ufravikelighetsprinsipp er egnet til å bidra til dette. Det vil være lettere for en organisasjon å akseptere et moderat oppgjør i trygg forvisning om at andre organisasjoner ikke vil oppnå et annet resultat. En plikt for arbeidsgiversiden til kun å inngå likelydende tariffavtaler vil også gjøre beregningene av lønnsoppgjørenes samlede økonomiske konsekvenser lettere. Slike betraktninger lå bak Arbeidsrettsrådets forslag i NOU 1996:14 om å gjøre hovedorganisasjonenes tariffavtaler ufravikelige.²⁵⁶

Ikke bare avvikende tariffavtaler, men også avtalestrukturer hvor deler av lønnsmassen fastsettes og forhandles lokalt kan være en utfordring for det inntektspolitiske samarbeid. Frøland sier det slik: *"[f]ragmenteringen av organisasjonslivet og individualisering av arbeidslivet svekker evnen til å koordinere frem moderate helhetsløsninger. At mange mikroøkonomiske argumenter tilsier fleksible lønnsstrukturer og lokal lønnsdannelse, tilhører også de involverte dilemmaer. Skal et inntektspolitisk samarbeid være robust nok til å overleve, må det håndtere disse dilemmaene."*²⁵⁷

Ved siden av politiske preferanser, størrelsen på medlemskontingenten, juridisk bistand, forsikringsordninger osv., utgjør etter alt å dømme forhandlingsresultatene et vesentlig konkurranseelement i fagforeningenes konkurranse om medlemmer.²⁵⁸ En adgang til avvikende avtaler kan dermed tenkes å virke lønnsdrivende ved at hver enkelt fagforening forsøker å oppnå den beste tariffavtalen i tariffområdet. Selv om muligheten for avvikende avtaler kan øke foreningenes vilje til å kreve bedre betingelser, vil imidlertid ikke deres forhandlingsstyrke øke tilsvarende.

²⁵⁴ Se f.eks. NOU 2001:14 s. 86-87

²⁵⁵ Se nærmere om det inntektspolitiske samarbeid i Stokke/Evju/Frøland s. 214 flg.

²⁵⁶ NOU 1996:14 s. 42 og 52 flg.

²⁵⁷ Stokke/Evju/Frøland s. 216, se også NOU 2000:21 s. 228.

²⁵⁸ Dessverre foreligger det ingen gode empiriske undersøkelser av hvilke preferanser som styrer arbeidstakernes fagforeningsvalg.

Hvorvidt en ufravikelighetsnorm er nødvendig eller svært egnet til å sikre et effektivt inntektspolitisk arbeid, er vanskelig å si noe sikkert om. Et slikt spørsmål krever ikke bare en rettslig, men også en sosiologisk og samfunnsøkonomiske vurdering. Som det vil bli nærmere redegjort for i vedlegg 1, kan både det inntektspolitiske samarbeid i seg selv, og andre ikke-rettslige mekanismer, bidra til at det inngås tilnærmet likelydende konkurrerende avtaler. Det er imidlertid ikke nødvendig å ta endelig standpunkt til dette spørsmålet. Selv om avvikende tariffavtaler skulle bidra til at man ikke oppnår samfunnsøkonomisk forsvarlige oppgjør, kan det vanskelig hevdes at tariffavtalen ikke fungerer etter sitt formål. Tariffavtalen skal sikre et forsvarlig lønnsnivå ved å begrense konkurransen blant arbeidstakerne og å sikre ro og forutberegnelighet mellom dens parter og medlemmer. Den samfunnsøkonomiske gevinst et inntektspolitisk samarbeid kan innebære, vil selvsagt også ha betydning for tariffavtalens parter og deltagere, men kan vanskelig anses som en forutsetning for tariffavtalen.

7.4 Konfliktnivå

Arbeidsrettsrådet uttaler i NOU 1996:14 at *”problemer er knyttet til det forhold at organisasjoner konkurrerer innen det samme tariffområdet. En stor del av de konfliktene som har forekommet, har sitt utspring i dette forholdet. At gjeldende arbeidstvistlov ikke stiller andre krav – f.eks om representativitet og ufravikelighet – for å gå til streik enn de krav som gjelder for gjennomføring av mekling, har skapt betydelige problemer i arbeidslivet.”*²⁵⁹

Arbeidsrettsrådet fremholdt at hovedorganisasjonene, og da særlig LO i større grad enn de frittstående foreninger, disiplinerer seg under tariffforhandlingene og er villige til å akseptere mer moderate oppgjør for den enkelte gruppe. Dette bygger på et syn om at forbund som kun representerer en eller få grupper, ikke har noen direkte oppfordring til å ta hensyn til de mer makro-økonomiske virkninger oppgjørene vil kunne få. De frittstående forbund vil derfor være lite villige til å akseptere tilsvarende oppgjør som hovedorganisasjonene tilbys, og terskelen for gå til arbeidskamp blir lavere. Foruten transport- og luftfartssektoren viser Arbeidsrettsrådet til oljesektoren hvor innslaget av konkurrerende tariffavtaler har vært betydelig.²⁶⁰ Det da frittstående forbundet OFS har

²⁵⁹ NOU 1996:14 s. 8.

²⁶⁰ NOU 1996:14 s. 43.

f.eks. ved en rekke anledninger gått ut i konflikt i stedet for å aksepterte det oppgjøret LO-forbundet NOPEF var tilbudt.²⁶¹

Pga. den store samfunnsøkonomiske betydning har konfliktene i oljesektoren ført til en ikke ubetydelig bruk av tvungen lønnsnemnd, noe som har avstedkommet betydelig kritikk fra ILO. Bl.a. for å redusere bruken av tvungen lønnsnemnd, ville Arbeidsrettsrådet gjøre hovedorganisasjonenes tariffavtaler ufravikelig slik at de øvrige avtaler skulle kjennes ugyldige i den utstrekning disse er i strid med hovedorganisasjonenes avtale.²⁶²

Gjennomgående har de frittstående forbund ikke oppnådd annet resultat enn hovedorganisasjonene, og arbeidskampen fremstår derfor i ettertid som unødig. Et eksempel er rutebilnæringen hvor Norges Transportarbeiderforbund og det frittstående forbundet Norsk Rutebilarbeiderforbund (NRAF) - som i 2000 skiftet navn til Yrkestrafikkforbundet - konkurrerer om sjåførere og kontoransatte.²⁶³ Stokke har gjennomgått en rekke konflikter i tariffområdet og konkluderer med at *”[d]et generelle inntrykket av NRAFs forhandlingsresultater er at de aldri fikk mer enn det LO og Transportarbeiderforbundet oppnådde. Norsk Rutebilarbeiderforbund fikk aldri riksmeglingsmannens hjelp til å presse ytterligere innrømmelser ut av arbeidsgiver, og rikslønnsnemnda ga heller ikke noe mer enn et normgivende oppgjør eller et forkastet meglingsforslag.”*²⁶⁴

Interessant er det å merke seg at Stabel-utvalget i NOU 2001:14 ikke kunne se en tilsvarende sammenheng mellom konkurrerende foreninger og arbeidskonflikter i perioden etter 1996.²⁶⁵

På individuelt nivå kan ulik lønn for likt arbeid kunne være konfliktskapende.²⁶⁶ I tillegg til en mer iboende rettferdighetsoppfatning kan en oppfatning om at det ikke er rettslig adgang til å lønne likt arbeid ulikt i seg selv føre til misnøye. De senere årenes

²⁶¹ OFS har senere gått inn i hovedsammenslutningen YS.

²⁶² Se NOU 1996:14 s. 44-45

²⁶³ Se Stokke s. 159.

²⁶⁴ Stokke s. 161.

²⁶⁵ NOU 2001:14 s. 88.

²⁶⁶ Se bl.a. Thorkildsen 1996 s. 67 og Jakhelln 1985 s. 234.

utvikling i retning av stadig flere minstelønnsavtaler, adgang til individuelle tillegg og lokal lønnsdannelse viser imidlertid en tiltagende vilje til å akseptere en differensiert avlønning.²⁶⁷ Det er derfor ikke gitt at avlønning – innenfor visse grenser – vil være konfliktskapende i særlig grad.

Det er ikke vanskelig å begrunne ønske om lavt konfliktnivå ut fra samfunnsøkonomiske betraktninger. Som Kristiansen påpeker: *"Den samfunnsmæssige interesse i overenskomstforhandlinger er en ganske anden end private aftaler i almindelighed på grund af arbejdskonflikters potentielle skadevirkninger."*²⁶⁸

Vanskeligere er det å hevde at et unødigt høyt konfliktnivå forhindrer at tariffavtalen fungerer etter sitt formål. Ro og forutberegnelighet skal sikres når tariffavtalen er inngått. Arbeidskamp for å oppnå avvikende avtale vil ikke hindre at tariffavtalen fungerer når den først er inngått.

7.5 Forholdet til de uorganiserte arbeidstakerne

Dersom det forligger avvikende tariffavtaler blir spørsmålet hvilken avtale som skal legges til grunn for de uorganiserte arbeidstakerne. Dette er åpenbart et problem. Mulig løsninger kan tenkes, f.eks. ved å anvende den mest representative avtale, den med de dårligste betingelser eller la arbeidsgiver avgjøre spørsmålet. All den tid forpliktelsen til å la tariffavtalens vilkår gjelde overfor uorganiserte er en tariffmessig forpliktelse, må tariffpartene kunne avtale hvordan dette skal gjennomføres.

Hovedtariffavtalen i KS-området og dens forhold til de uorganiserte kan tjene som illustrasjon. Det må presiseres at situasjonen der skiller seg noe fra den situasjon som er skissert ovenfor da det er snakk om *likelydende* avtaler inngått med ulike forhandlingssammenslutninger, *men* med ulike bestemmelser for de ulike forhandlingssammenslutningenes medlemmer.

Siden tariffrevisjonen i 2002 har Hovedtariffavtalen inneholdt forskjellige lønnsforhandlingsbestemmelser for arbeidstakerne. Dette fremkom ved at forhandlingsbestemmelsene ble delt i tre ulike kapitler, kapittel 3, 4 og 5, der tilknytning til arbeidstakerorganisasjon var utslagsgivende for hvilket kapittel man skulle følge. Unntaket ble

²⁶⁷ Se nærmere om dette i kapittel 4.3.

²⁶⁸ Kristiansen 2004 s. 46.

lederstillinger, som uansett skulle forhandles etter bestemmelsene i kapittel 3. For øvrige arbeidstakere valgte LO-K å la sine medlemmer forhandle etter kapittel 4 (sentralt lønns- og stillingsregulativ), mens Akademikerne-K valgte å la sine medlemmer bli forhandlet etter kapittel 5 (lokalt lønns- og stillingsregulativ). For kapittel 4-gruppene ble det fremforhandlet et sentralt forhandlingsresultat med generelle tillegg og avsetning til lokale forhandlinger, mens det for gruppene som fulgte kapittel 5 ikke ble forhandlet økonomi sentralt overhodet. All lønnsforhandling etter kapittel 5 ble således lagt lokalt, uten føringer eller økonomiske rammer.

I tariffrevisjonen i 2004 ble kriteriene for om man skulle følge kapittel 4 eller 5 endret. Resultatet er et det er stillingskode som avgjør hvilket kapittel man tilhører, ikke hvor man er organisert. Det er likevel lagt føringer, f.eks. ved at medlemmer av forbund tilknyttet Akademikerne skal tilordnes en stillingskode i kapittel 5, mens det for organiserte i LO bare vil være enkelte arbeidstakere som naturlig faller inn under kapittelet.

Uorganiserte arbeidstakere overlates det til arbeidsgiver å plassere, enten i kapittel 3, 4 eller 5. Erfaringene viser at kommunene her velger forskjellige løsninger. Noen kommuner lar de uorganiserte konsekvent følge kapittel 4 slik at disse får samme generelle lønnsutvikling som øvrige arbeidstakere, mens andre kommuner differensierer etter hva slags stilling det er snakk om.

7.6 Forhandlingsmessige forhold

Hvis fagforeningen ikke kan inngå tariffavtale i visshet om at arbeidsgiver ikke vil komme med større innrømmelser overfor de konkurrerende foreninger i senere forhandlinger, svekkes muligheten for at den første forening vil slutte tariffavtale.²⁶⁹ Dette kan avhjelpes ved at det tas inn en reforhandlingsklausul, men dette vil igjen kunne skape usikkerhet i forhold til de senere forhandlinger, se for så vidt kapittel 8.3 nedenfor. Hvis dette medfører at det ikke blir inngått tariffavtaler, vil dette selvsagt føre til at tariffavtalen vanskelig kan fungere etter sitt formål. At den usikkerhet som kan tenkes oppstått skal føre til at det over hodet ikke vil bli inngått tariffavtaler, må dog anses som lite sannsynlig.

7.7 Sammenfatning

En adgang for arbeidsgiver til å inngå avvikende tariffavtaler kan tenkes å medføre uønskede konsekvenser. Bl.a. kan det medføre økt konfliktnivå, samt gjøre det

vanskeligere å gjennomføre et effektivt inntektspolitisk samarbeid og holde lønnsoppgjørene innenfor tilstrekkelige moderate rammer.

Videre vil avvikende tariffavtaler kunne komplisere håndhevingen av arbeidsgivers tariffrettslige forpliktelse til å avlønne uorganiserte iht. tariffavtalen. Dette problemet vil neppe være uløselig, da de ulike tariffpartene kan avtale med arbeidsgiver hvordan dette skal løses.

Endelig vil en adgang til å inngå avvikende tariffavtaler kunne føre til vegring for å være den første forening som inngår avtale. Forhandlingene kan trekke ut, og reforhandlingsklauseler vil kunne skape dominoeffekter.

Til tross for disse mulige konsekvensene er det vanskelig å hevde at avvikende tariffavtaler vil medføre at tariffavtalen ikke vil kunne fungere etter sitt formål; å sikre et forsvarlig lønnsnivå ved å begrense konkurransen blant arbeidstakerne og å sikre ro og forutberegnelighet mellom dens parter og medlemmer.

De nevnte konsekvenser kan imidlertid tjene som reelle hensyn som taler mot en adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. De kan dog neppe være tilstrekkelige til å etablere en rettslig norm som begrenser arbeidsgivers avtalefrihet.

8 Rettsvirkninger av tariffbrudd og adgangen til avtalerevisjon

8.1 Innledende bemerkninger

Dersom det eksisterer et ufravikelighetsprinsipp, blir spørsmålet hvilke rettsvirkninger arbeidsgivers inngåelse av en avvikende tariffavtale vil utløse. Spørsmålet om rettsvirkninger av brudd på ufravikelighetsprinsippet ved konkurrerende tariffavtaler, har ikke vært behandlet av Arbeidsretten.²⁷⁰ Det som synes klart er at brudd på en ufravikelighetsvirkning som følger av tariffavtalen, ipso facto vil være et tariffbrudd.

²⁶⁹ Jfr. NOU 1996:14 s. 42.

²⁷⁰ Se NOU 2004:5 s. 397 og NOU 2001:14 s. 49. Det er også gjort søk uten funn i Lovdata.

Den krenkede fagforening kan således kreve fastsettelsesdom for at arbeidsgiver har begått et tariffbrudd, samt dom for at tariffmotparten har en plikt til å gjøre det han kan for å bringe det rettsstridige forhold til opphør.²⁷¹ Videre følger det av arbtvl. § 4 første ledd at det kan kreves erstatning dersom fagforeningen er påført et økonomisk tap. Dette kommer jeg så vidt tilbake til i kapittel 8.2. Hvorvidt arbeidsgivers tariffbrudd også kan utløser andre rettsvirkninger, er tema i det følgende.

Ved løsningen av disse spørsmålene vil foruten tariffrettslige regler, også alminnelige kontraktsrettslige og avtalerettslige prinsipper bli anvendt. Det er alminnelig antatt at slike prinsipper får betydning som bakgrunnsrett ved løsningen av tariffrettslige tvister.²⁷² Et annet forhold er at den alminnelige kontraktsrett ikke nødvendigvis får den samme reelle betydning ved løsning av spørsmål knyttet til tariffavtaler. De prinsipper og normer som utgjør den alminnelige kontraktsrett, er utviklet med tanke på de forretningsmessige avtaler. Tariffavtalens egenart, bl.a. dens tilblivelsesmåte og reguleringsfunksjon, tilsier at disse alminnelige kontraktsrettslige prinsipper må anvendes med en viss forsiktighet.²⁷³

8.2 Erstatning

Ved siden av dom for at det foreligger et tariffstridig forhold, og plikt til å bringe det tariffstridige forhold til opphør, er erstatning den nærliggende rettsvirkning av tariffbrudd jfr. arbtvl. § 4.²⁷⁴ Utgangspunktet for erstatningsfastsettelsen er at hele det økonomiske tap skal dekkes, men ansvaret kan etter omstendighetene lempes jfr. arbtvl. § 5.

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av arbtvl. § 4, forutsettes det at tariffbruddet har påført den annen part et økonomisk tap, jfr. for så vidt den alminnelige erstatningsrett. Erstatningsregelens kjerneområde er kompensasjon etter ulovlig arbeidskamp. Slik

²⁷¹ Se Thorkildsen 1996 s. 67.

²⁷² Se f.eks. NOU 2001:14 s. 48, Berg s. 165 og Andersen 1955 s. 97.

²⁷³ For dansk retts vedkommende skriver Kristiansen 2004 s. 46: "Den er en aftale af sin egen karakter (sui generis), og almindelige aftale- og erstatningsrettslige principper må derfor anvendes med en vis forsigtighed."

²⁷⁴ Slik også Kristiansen 2004 s. 47.

opptreden vil lett kunne påføre den annen part et økonomisk tap. Det er ikke like lett å se at et brudd på ufravikelighetsprinsippet kan påføre den krenkede fagforening et økonomisk tap. Noen tilfeller kan selvsagt tenkes. F.eks. kan et bedre tariffoppgjør for den konkurrerende fagforening påvirke organisasjonsdannelsen i tariffområdet, med påfølgende tap av medlemskontingent. Det kan også tenkes at en forening under forhandlingene har redusert sine krav under den forutsetning at heller ikke de øvrige foreninger skulle bli møtt med større innrømmelser. Det er på den annen side ikke sikkert at den første forening ville ha oppnådd et like godt oppgjør dersom forutsetningen ikke var lagt til grunn. Dette indikerer et generelt problem; tapspostene vil lett bli for avledet til at de kan medregnes i en erstatningsutmåling.

Etter dette kan det ikke utelukkes at arbeidsgivers brudd på ufravikelighetsprinsippet kan medføre et erstatningskrav, men krav om erstatning er neppe en særlig praktisk misligholdssanksjon i en slik situasjon.

Dersom fagforening i den avvikende avtale er klar over at det vil være tariffstridig av arbeidsgiver å inngå denne, kan det stilles spørsmål om foreningen kan komme i et erstatningsansvar overfor den første forening. Et slikt ansvar kan tenkes etablert ut fra alminnelige erstatningsrettslige regler. Det vil ikke bli gått nærmere inn på dette her.²⁷⁵

8.3 Reforhandling

Det forekommer at fagforeninger ved inngåelse av tariffavtaler, enten gjennom en protokolltilførsel eller uttrykkelig i tariffavtalen, forbeholder seg retten til reforhandlinger dersom arbeidsgiver skulle komme til å innrømme konkurrerende foreninger bedre oppgjør.²⁷⁶

Dersom tariffavtalen hviler på den forutsetning at arbeidsgiver ikke skal inngå avvikende tariffavtaler, kan det spørres om en slik reforhandlingsklausul uten videre kan innfortolkes i tariffavtalen. Umiddelbart kan dette synes prinsipielt fremmed da det i

²⁷⁵ Om spørsmålet i sin alminnelighet henvises det til Hagstrøm s. 816 flg.

²⁷⁶ Bruk av reforhandlingsklausuler synes å være mest utbredt i offentlig sektor hvor det gjerne er etterstrebet likelydende hovedtariffavtaler. Se Stokke/Evju/Frøland s. 154 og NOU 1996:14 s. 64, særlig note 91.

norsk tariffrett ikke gjelder noen generell forhandlingsrett eller -plikt.²⁷⁷ Partene har imidlertid ved den inngåtte tariffavtale allerede vist vilje til å tariffordne sine forhold. En reforhandlingsrett vil selvsagt heller ikke gi arbeidsgiver noen plikt til å etterkomme fagforeningens nye tariffkrav. En mulig innvending mot å innfortolke en slik reforhandlingsklausul, vil kunne være at man risikerer en dominoeffekt som medfører en uthaling av lønnsoppgjørene.

Reforhandlingsklausuler kan også reise spørsmål i forhold til fredsplikten. Skal partene kunne bryte slike reforhandlinger og gå til arbeidskamp, eller gjelder den forrige tariffavtale, og dermed også fredsplikten, fullt ut inntil ny avtale er på plass? Dette må i utgangspunktet avgjøres ved en nærmere tolkning av den oppstilte reforhandlingsklausul. En nærliggende tolkning vil kunne være at tariffavtalen anses utløpt når det fremmes krav om reforhandlinger og at arbtvl. § 6 nr. 3 annet ledd kommer til anvendelse som ved ordinære forhandlinger.²⁷⁸ En annen tolkning vil være at partene har forutsatt at forhandlingene skal føres i fredstid slik at arbeidskamp ikke skal benyttes. I så fall vil reforhandlingsklausulen bli av mindre verdi for den krenkede fagforening.

Uten andre holdepunkter i det konkrete tilfelle kan en reforhandlingsklausul neppe innfortolkes. Nedenfor drøftes det hvorvidt en reforhandlingsrett/plikt kan tenkes utløst i hevingstilfellene.

8.4 Heving

8.4.1 Gjelder det en alminnelig hevingsadgang i tariffavtaleforhold?

Kan den krenkede fagforening heve sin tariffavtale med arbeidsgiver dersom denne har inngått en konkurrerende tariffavtale i strid med ufravikelighetsprinsippet?

Arbeidstvistloven inneholder ingen hjemmel for å heve en misligholdt tariffavtale.

Dersom heller ikke tariffavtalen inneholder en hevingsklausul, blir spørsmålet om det gjelder en alminnelig hevingsadgang for tariffavtaler. I den alminnelige kontraktsrett

²⁷⁷ Dette er i dag noe modifisert ved hovedsammenslutningenes forhandlingsrett i statlig sektor jfr. tjtvl. §3.

²⁷⁸ Det som må være klart er at man ikke gjennom tolkning av tariffavtalen kan sette lovens fredspliktsregler til side, se f.eks. Evju 1984 s. 282-283.

følger en generell hevingsadgang som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp.²⁷⁹ Det er i teorien antatt at dette utgangspunktet også må gjelde for tariffavtalenes vedkommende.²⁸⁰ Med unntak av noen eldre, heller uinteressante dommer, har spørsmålet ikke vært behandlet av Arbeidsretten.²⁸¹ Eksistensen og omfanget av hevingsretten må derfor søkes fastlag ved en vurdering av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Heving innebærer at partenes gjensidige rett og plikt til å oppfylle avtalen faller bort.²⁸² En umiddelbar innvending mot å tillate en tariffavtale hevet springer en dermed i øynene. Tariffavtalens grunnleggende funksjon er å normere, ikke bare forholdet mellom dens parter, men også dens deltagere.²⁸³ Dersom tariffavtalen heves skulle dens normeringsfunksjon derfor falle bort.²⁸⁴ Partene og deltagerne vil imidlertid fremdeles stå i et gjensidig avhengighetsforhold ved at de individuelle arbeidsforhold fortsatt vil stå ved lag. Foruten at tariffavtalens individuelle vilkår vil falle bort, vil også partene bli stående i et uregulert forhold seg i mellom og vil bl.a. ikke være underlagt fredsplikt.

Detter er imidlertid kun utgangspunktet. Tariffavtalens lønns og arbeidsvilkår vil normalt fortsatt gjelde i det enkelte arbeidsforhold, men da ikke med hjemmel i tariffavtalen, men i den enkelte individuelle arbeidsavtale. Dette baseres på alminnelig forutsetningssynspunkt om at arbeidsavtalen er *inngått* på de vilkår som følger av tariffavtalen.²⁸⁵ I en normalsituasjon hvor tariffavtalen sies opp til reforhandling ved tariffperiodens utløp står den oppsagte tariffavtalen ved lag inntil ny avtale foreligger, eventuelt til arbeidskamp er iverksatt med mindre partene blir enige om noe annet jfr. arbtvl. § 6 nr. 3 annet ledd.²⁸⁶ Partene lever da på tariffavtalens *ettervirkninger*. Dette innebærer bl.a. at tariffavtalens lønns- og arbeidsvilkår og fredsplikten gjelder fullt

²⁷⁹ Se Hagstrøm s. 409 flg. og Rt-1999-408 (420).

²⁸⁰ Jfr. Fougner 2004 s. 149, NOU 1996:14 s. 54, Berg s. 211, Henriksen forutsetningsvis s. 82.

²⁸¹ Se Fougner 2004 s. 149 med henvisning til ARD-1922-113 og Henriksen s. 82.

²⁸² Hagstrøm s. 409.

²⁸³ Jfr. kapittel 3.2.

²⁸⁴ Se Evju 1984 s. 255.

²⁸⁵ Se Evju 1984 s. 262.

²⁸⁶ Ettervirkningene kan også være direkte hjemlet i tariffavtalen.

ut.²⁸⁷ Ved en partiell konflikt, vil tariffavtalens vilkår også gjelde for dem som ikke er tatt ut i konflikt.²⁸⁸

Hva så ved en eventuell heving, vil partene i en slik situasjon også leve på tariffavtalens ettervirkninger? Det er selvsagt ikke noe i veien for at partene *avtaler* at man i en slik situasjon skal leve på ettervirkningene. Det interessante spørsmål er imidlertid om arbtvl. § 6 nr. 3 annet ledd kan tolkes utvidende der hvor slik ettervirkning ikke er avtalt. Evju synes å innta en grunnleggende positiv holdning til en utvidende bruk av ettervirkningsbestemmelsene når han skriver:

”Behovet for en gjensidig forpliktende regulering er ikke begrenset til de situasjoner loven dekker, og må kunne tas i betraktning også ved løsningen av andre spørsmål.”²⁸⁹

En innvendig mot en utvidende anvendelse av § 6 nr. 3 annet ledd er at dette vil føre til at partene blir underlagt fredsplikt inntil firedagersfristen etter arbtvl. § 29 første ledd eller – dersom megling er forsøkt - arbtvl. § 36 nr. 1 annet ledd er utløpt.²⁹⁰

Utgangspunktet er fri arbeidskampadgang; det er innskrenkninger i denne som krever særlig begrunnelse. Likefullt har Arbeidsretten gjennom sin praksis vist en ustrakt vilje til å tolke fredspliktsreglene utvidende jfr. f.eks. ARD-1959-48 og ARD-1982-150.²⁹¹

En annen mulighet er å løse ettervirkningsspørsmålet som om det over hodet ikke har foreligget noen tidligere tariffregulering. I så fall gjelder kravene om plassoppsigelse og megling fullt ut jfr. arbtvl. § 6 nr. 3 første ledd. Ordlyden i bestemmelsen synes ikke å være til hinder for en slik anvendelse. Evju legger til grunn at regelen kommer til anvendelse der tariffavtalen etter enighet bringes til opphør i tariffperioden, men han

²⁸⁷ I denne perioden vil partene også være underlagt fredsplikt etter arbtvl. §§29&36.

²⁸⁸ Se bl.a. Fougner 2004 s. 244.

²⁸⁹ Evju 1984 s. 271.

²⁹⁰ I det den tidligere tariffavtale er bortfalt som følge av hevingen, vil kravet om at tariffavtalens utløpstid jfr. arbtvl. §6 nr. 3 første ledd siste punktum annet alternativ ikke innebære noen begrensning i adgangen til å iverksette arbeidskamp.

²⁹¹ Utvidet anvendelse av fredspliktsreglene kan dog være problematisk i forhold til streikerettens folkerettslige vern, se Fougner 2004 s. 71 og Olsson 2003 s. 283.

behandler ikke hevingstilfellene.²⁹² Fougner 2004 inntar det syn at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i hevingstilfellene og at arbeidskampadgangen er fri.²⁹³ De samme hensyn gjør seg her gjeldende som ved vurderingen av om arbtvl. § 3 nr. 3 annet ledd skal anvendes utvidende, og løsningen av begge spørsmål må anses som åpne. Dersom ettervirkningsreglene kommer utvidende til anvendelse, vil dette tale for en generell hevingsadgang i tarifforhold.

I den alminnelige kontraktsrett anses heving som en streng subsidiær misligholdssanksjon forbeholdt de tilfeller hvor andre mindre inngripende sanksjoner ikke anses adekvate.²⁹⁴ Dette må også gjelde for heving av tariffavtaler.²⁹⁵ En reforhandlingsplikt ville antageligvis kunne ivareta den krenkede fagforenings interesser. Som vi så i kapittel 8.3 kan det neppe uten videre innfortolkes en reforhandlingsklausul i tariffavtalen. Spørsmålet er imidlertid om man ut fra en mer til det mindre-betraktning kan slutte at fagforeningen, dersom den vil ha en hevingsadgang, i stedet kan kreve reforhandlinger. Kan det kreves reforhandlinger, bør dette være prøvet før heving eventuelt iverksettes. En slik betraktning fremstår i utgangspunktet som noe konstruert. Som vi så ovenfor, vil en heving medføre at normeringen mellom partene og deltagerne faller bort, dog noe usikkert i hvilket omfang. Det har formodningen mot seg at partene ønsker en slik tariffløs tilstand, og det oppståtte reguleringsvakuum vil antagelig føre til at partene av eget ønske selv kommer sammen rundt forhandlingsbordet.²⁹⁶ En heving vil dermed bare være en unødig og mulig skadelig omvei. Det kan derfor ikke utelukkes, dersom tariffbruddet gir fagforeningen rett til å heve, at det utløses en forhandlingsplikt for arbeidsgiver.²⁹⁷ Dette

²⁹² Evju 1984 s. 283.

²⁹³ Se Fougner 2004 s. 150.

²⁹⁴ Dette synes begrunnet i en presumpsjon om at en avtale medføre en vinn-vinn-situasjon og at den part som blir utsatt for heving går glipp av den antatte gevinst. Det er ikke gitt at et slikt syn kan gjøres tilsvarende gjeldene i tariffrettslig sammenheng. Utelukket kan det dog ikke være, f.eks. vil partene gjerne ha en gjensidig interesse av et ordnet forhold seg i mellom.

²⁹⁵ Se Fougner 2004 s. 150.

²⁹⁶ Slik også Berg s. 208 note 8.

²⁹⁷ Ut fra en alminnelige kontraktsrettslige betraktning kunne det reises den innvending at fagforeningen som den krenkede part burde få avstå fra å ha noe mer med arbeidsgiver å gjøre. En slik betraktning er det liten plass for i en tariffrettslig sammenheng da partene fremdeles vil stå i et gjensidig avhengighetsforhold.

kan på ingen måte anses klart og i mangel av andre holdepunkter er det neppe grunnlag for å hevde en generell regel.

At det foreligger en generell hevingsadgang i tariffavtaleforhold, kan etter dette ikke utelukkes, men er alene av mindre interesse. Den krenkede fagforeningen vil neppe være særlig tjent med kun å heve tariffavtalen, men heving kan imidlertid være tjenlig for å komme i en reforhandlingsposisjon.

8.4.2 Kravet til hevingsgrunn

Etter den alminnelige kontraktsrett kan heving kun skje når misligholdet utgjør et *vesentlig* kontraktsbrudd.²⁹⁸ Vesentlighetskravet må også legges til grunn som et utgangspunkt for en tariffrettslig hevingsadgang.²⁹⁹

Begrepet *vesentlig* gir i seg selv ikke særlig veiledning utover at det må dreie seg om et mislighold av et visst omfang. Den mangelfulle rettspraksis gjør at man heller ikke fra det hold kan hente ytterligere veiledning. Fougner nevner tilfeller der *”avtalemotparten forsettlig og gjentatte ganger har brutt sentrale bestemmelser i tariffavtalen, og hvor andre virkemidler for å sikre etterlevelse ikke vil være hensiktsmessig.”*³⁰⁰ Avgjørelsen må bero på en konkret helhetsvurdering som til syvende og sist antagelig må avgjøres ut fra en mer eller mindre intuitiv forestilling om den krenkede part har en *”rimelig grunn for ... å si seg løst fra kontrakten”* jfr. Rt-1998-1510 og tilsvarende Rt-1999-408.³⁰¹ Dommene gjaldt hhv. salg av fast eiendom og borettslagsleilighet.

Spørsmålet er om arbeidsgivers inngåelse av den avvikende tariffavtale gir fagforeningen rimelig grunn til å si seg løst fra tariffavtalen. Dette må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Utfallet av vurderingen vil henge uløselig sammen i hvilken grad det kan legges til grunn en ufravikelighetsnorm. Dersom man anlegger det tradisjonelle syn og tar utgangspunkt i f.eks. situasjonen i ARD-1936-127, synes det nokså klart at Skog og Land måtte ha anledning til å si opp sin tariffavtale dersom den avvikende

²⁹⁸ Se Hagstrøm s. 410 flg.

²⁹⁹ All den tid denne bygger på det alminnelige kontraktsrettslige prinsipp.

³⁰⁰ Fougner 2004 s. 150.

³⁰¹ Hagstrøm s. 411.

avtale hadde resultert i at TFFAs medlemmer utkonkurrerte Skog og Lands medlemmer. Drøftelsene i kapittel 6 og 7 viser imidlertid at det er tvilsomt om avvikende avtaler i dag vil føre slike konsekvenser for den påstått krenkede fagforening, eller noen hindringer for dens tariffavtale til å fungere etter sitt formål. I så fall vil det ikke foreligge et vesentlig mislighold.

Et tenkt anført rettsgrunnlag kunne vært den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Etter denne lære kan partenes forpliktelser til å oppfylle avtalen falle bort, dersom uforutsette forhold vil gjøre dette ekstra byrdefullt. Slike bristende forutsetninger vil gjerne være ytre begivenheter eller forhold som partene ikke er kjent med ved avtaleinngåelsen. Det er imidlertid ikke snakk om en misligholdssanksjon, men en adgang til å fri seg fra sine forpliktelser slik at man nettopp ikke kommer i mislighold.³⁰²

Læren om bristende forutsetninger må ikke forveksles med partenes skuffede individuelle forventninger i det enkelte avtaleforhold. Dersom fagforeningen har gjort det klart at det forutsettes at arbeidsgiver ikke inngår avvikende avtaler, vil dette forbeholdet inngå som en del av den ferdig tolkede avtale. Brudd på forutsetningen vil dermed være et tariffbrudd på samme måte som brudd på en ufravikeligehtsklausul eller en ufravikelighetsforutsetning etter det tradisjonelle ufravikelighetsprinsipp.³⁰³

8.4.3 Sammenfatning

Den krenkede fagforening kan ha rett til heve sin tariffavtale dersom arbeidsgivers inngåelse av en avvikende tariffavtale utgjør et vesentlig mislighold. Hvorvidt misligholdet er vesentlig må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering hvor konsekvensene den avvikende avtale får for den første fagforeningen, vil være avgjørende. Heving vil i seg selv være av liten betydning for fagforeningen, da dens medlemmer fortsatt står i et ansettelsesforhold hos arbeidsgiver. Partene og deltagerne vil neppe være tjent med å befinne seg i en tariffløs tilstand og en heving kan dermed fremtvinge reforhandlinger.

³⁰² Hagstrøm s. 252-253: *"Men forutsetningslærens område er i alle fall irregulær utvikling som ikke representerer kontraktsbrudd; forutsetningslæren kan dermed ikke supplere misligholdsreglene."*

³⁰³ Se tilgrenset problemstilling i kapittel 9.

8.5 Avtalerevisjon etter avtl. § 36

8.5.1 Formål og virkning

Etter den generelle formuesrettslige lempingsregel i avtaleloven (avtl.) av 31. mai 1918 nr. 4 § 36, kan en avtale settes helt eller delvis til side eller endres for så vidt det vil *virke urimelig* å gjøre den gjeldende. Det er ikke tvilsomt at bestemmelsen i utgangspunktet kommer til anvendelse også på tariffrettens område.³⁰⁴ Som vi så under hevingsdrøftelsen, vil en total tilsidesettelse av tariffavtalen ikke være en egnet sanksjon fra den krenkede fagforeningsside. Problemstillingen i det følgende er om fagforeningen kan kreve sin tariffavtale revidert slik at den kommer i samsvar med den avvikende tariffavtale.

8.5.2 Vurderingstema

Det kan tenkes at tariffavtalen blir urimelig for den første fagforening pga. den forrykking arbeidsgivers inngåelse av den avvikende avtale medfører. Hvor godt eller dårlig et tariffoppgjør er, kan ikke måles ut fra en statisk betraktning. Resultatet er en relativ størrelse som må sammenlignes med de øvrige resultater i tariffområdet, gjerne også med oppgjørene i andre sektorer og tariffområder. Som vist i kapittel 7.2, kan avvikende avtaler få innvirkning på fagforeningenes konkurranse om medlemmer. Som ved hevingsvurderingen vil resultatet av en urimelighetsvurdering henge sammen med hvilke virkninger man tillegger eksistensen av avvikende tariffavtaler. I tråd med vurderingene i kapittel 6 og 7 er det vanskelig å se at den avvikende avtale vil ha så vidt store negative konsekvenser for den første avtalen at det vil være urimelig av arbeidsgiver å opprettholde denne.³⁰⁵ Det kan selvsagt ikke tas stilling til dette på generelt grunnlag.

³⁰⁴ Avtaleloven kommer kun direkte til anvendelse på formuerettens område jfr. §41. Det er lenge lagt til grunn at tariffavtaler faller inn under dette anvendelsesområde, se bl.a. Berg s. 165, Andersen 1955 s. 97, ARD-1945-48-1 og ARD-1982-333. Ved innføringen av den nye avtl. §36 ble det diskutert om denne også skulle gjelde for tariffavtalenes vedkommende, se Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 40, Inst. O nr. 31 (1982-83) s. 1 og 3 og Trygve Bergsåker JV 1980 s. 133 på s. 158. Det er i dag ikke tvil om at avtl. §36 også kommer til anvendelse på tariffavtaler, se bl.a. Fougner 2004 s. 133 flg. og Hov 2002 s. 277.

³⁰⁵ Slik også Evju 1982 s. 204 med en lignende vurdering i forhold til avtl. §33.

Hva som er urimelig må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering jfr. bestemmelsens ordlyd (annet ledd), teori og praksis.³⁰⁶ Det kan likevel sies noe generelt om aktuelle relevante momenter i en slik vurderingen. Avtalerevisjon der avtalens betydning for partene endres ved senere inntrådte forhold, som f.eks. irregulær utvikling av avtaleforholdet eller endringer i markeds- eller kroneverdi, vil gjerne være aktuelt der det er snakk om langvarige avtaleforhold.³⁰⁷ En tariffavtale derimot, inngås som regel kun for to år ad gangen.³⁰⁸ Tariffavtaler er nettopp inngått for så vidt korte tidsrom for at det skal kunne være mulighet for revidering. Fagforeningen har dermed en mulighet til å komme ut av det påstått urimelige forhold nokså snart.

Det forhold at arbeidsgiver har opptrådt tariffstridig og eventuelt illojalt vil også være relevante momenter i rimelighetsvurdering.³⁰⁹ Illojalitet kan foreligge allerede ved avtaleinngåelsen dersom arbeidsgiver på det tidspunkt planlegger å inngå den avvikende tariffavtale.

8.5.3 Rimelighetsstandarden

Rimelighetsvurderingen kan ikke alene avgjøres ved en vekting av de relevante momenter; man må vurdere disse opp mot hvilken rimelighetsstandard som generelt gjelder for den type avtale det er snakk om. Hvilken rimelighetsstandard som legges til grunn vil igjen ha betydning for hvor intensitet domstolene vil utøve en rimelighetssensur. Tradisjonelt har forbrukeravtaler vært underlagt en mer ustrakt sensur enn rene forretningsavtaler hvor partene i utgangspunktet anses jevnbyrdige.³¹⁰

Ved innføringen av avtl. § 36 i 1983 ble bestemmelsens anvendelse overfor tariffavtaler særskilt drøftet. I Inst. O nr. 31 (1982-83) s. 3 uttalte Stortingets Justiskomité:

³⁰⁶ Jfr. NOU 1979:32 s. 60-61, Rt-1988-276, Rt-1988- 295, Rt-1990-500.

³⁰⁷ Jfr. f.eks. Rt-1988-276, Rt-1988- 295.

³⁰⁸ Tre år dersom partene ikke avtaler annet jfr. arbtvl. § 3 nr. 2.

³⁰⁹ Jfr. Hagstrøm s. 292-293.

³¹⁰ Det har i de senere år skjedd en utvikling hvor avtl. § 36 har fått en større betydning også for de forretningsmessige avtaler, se Woxholt s. 357 og Hagstrøm s. 280.

”Etter komitéens mening må man stille ekstra strenge krav for å bruke lempingsreglen overfor tariffavtaler. Selv om slike avtaler i prinsippet omfattes av bestemmelsen, slik det er antatt i proposisjonen s. 40, er dette en type avtaler som rettsapparatet skal være forsiktige med å overprøve.”

Justiskomiteens skepsis ble fulgt opp i rettspraksis, bl.a. i Rt-1996-1696 hvor Høyesterett i et obiter dictum uten ytterligere begrunnelse uttalte at *”avtaleloven § 36 har for øvrig begrenset betydning ved denne type avtaler.”*³¹¹

En restriktiv bruk av avtl. § 36 i tariffavtaleforhold kan begrunnes på et prinsipielt grunnlag. Lønnsdannelse gjennom kollektive forhandlinger og tariffavtaler er langt på vei overlatt partene i arbeidslivet til tross for den stor samfunnsmessige betydning lønnsdannelsen har.³¹² Man har vist partene og systemet en stor tillit, tariffavtalenes innhold skal avgjøres etter en interessenkamp mellom partene der deres styrkeforhold vil være avgjørende. I et slikt regime blir det lite igjen til en etterfølgende rimelighetskontroll fra domstolens side. Arbeidsrettens sammensetning kan heller ikke endre på dette, tariffavtalens innhold skal fastsettes etter forhandlinger og eventuelt arbeidskamp, ikke på grunnlag av etterfølgende juridiske betraktninger.

Videre innebærer tariffavtalens virkninger overfor andre enn partene, at det er vanskelig å overskue virkningene av en revisjon, samt å problematisere selve rimelighetsvurderingen. Dette kommer klart til uttrykk i ARD-1990-15 hvor retten først uttalte at *”[i] alminnelighet vil utvilsomt meget sterke grunner tale mot å benytte lempingsregelen i tariffavtaleregulerte forhold.”*³¹³ og begrunnet dette bl.a. med at *”[u]rimelighetsvurderingen etter avtalelovens §36 [ikke] kan ... isoleres fra tariffavtalens partsforhold og gjøres uavhengig av dens generelle rekkevidde.”*³¹⁴

Twisten gjaldt funksjonæravtalen mellom NHO-YS som kunne gjøres gjeldene i den enkelte bedrift dersom vedkommende fagforening organiserte tre eller flere av arbeidstakerne. YS-forbundet PRIFO gjorde avtalen gjeldene i SAS, hvor forbundet hadde 22 funksjonærer. Da dette kun utgjorde 1,5 % av de ansatte påsto SAS under henvisning til avtaleloven § 36 at det ville være urimelig å gjøre avtalen gjeldende. SAS fikk ikke medhold.

³¹¹ Se tilsvarende Schmidt s. 186 vedrørende den svenske avtl. § 36.

³¹² Dog begrenset ved f.eks. meglingsinstituttet jfr. arbtvl. kapittel 3, lønnsnemndsbehandling jfr. lønnsnemndsloven av 19.12.1952 nr. 7 og det inntektspolitisk samarbeid.

³¹³ ARD-1990-15 (22).

³¹⁴ ARD-1990-15 (23).

Forhandlings- og systemmessige hensyn kan også tale mot en avtalerevisjon med utgangspunkt i ufravikelighetsbetraktninger. Den avvikende avtale kan jo nettopp ha blitt akseptert pga. det oppgjør den annen forening tidligere hadde oppnådd. I så fall kan man risikere en form for dominoeffekt hvor revisjon av en avtale kan utløse revisjonskrav for andre avtaler.

8.5.4 Konklusjon

Prinsipielt kan det ikke utelukkes at arbeidsgivers inngåelse av en avvikende tariffavtale kan utløse et rettmessig krav fra den krenkede fagforening om at dennes avtale i skal endres slik at den kommer i samsvar med den avvikende avtale jfr. avtl. § 36. Hvorvidt arbeidsgivers inngåelse av den avvikende avtale vil medføre at det vil være urimelig fremdeles å opprettholde den opprinnelige avtale uforandret, må avgjøres etter hvilke virkninger den avvikende avtale får for den første. Generelt synes lite å tale for at den avvikende avtale vil ha en slik innvirkning at det er grunnlag for å hevde den første avtale urimelig. Terskelen for at Arbeidsretten skal bedrive en rimelighetssensur av tariffavtaler, må anses å være høy.

Det presiseres her at avtl. § 36 tilsvarende kan komme til anvendelse ved avvikende tariffavtaler også der hvor det ikke hevdes et ufravikelighetsprinsipp. Den avvikende avtale kan da også få konsekvenser for den første avtale.

8.6 Ugyldighet

Vi har tidligere sett hvilke konsekvenser arbeidsgivers brudd på ufravikelighetsprinsippet kan få for avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og den krenkede fagforening. Spørsmålet i dette avsnittet er om ufravikelighetsnormene kan føre til at den avvikende tariffavtale blir ugyldig.

Det tradisjonelle ufravikelighetsprinsipp inneholder ingen slik ugyldighetsregel.³¹⁵ At arbeidsgiver vil være forpliktet etter den avvikende avtale, illustrerer Arbeidsrettens uttalelse i ARD-1985-14:

”Arbeidsretten kan heller ikke se at det har avgjørende betydning at de to bedriften er bundet av tariffavtaler med NSF. Og det må i denne sammenheng være uten betydning at SAS Service Partner A/S' avtale med NSF er eldre enn CAF-avtalen. Som alminnelig regel kan ikke en tariffavtale med én organisasjon fritta for forpliktelser man er bundet til overfor en annen organisasjon i hht. en tariffavtale med denne.”³¹⁶

Twisten dreide seg om tariffavtale for cateringvirksomhet offshore inngått mellom NAF og OFS/CAF kom til anvendelse også ved bl.a. mobile boligfartøyer. NAF påberopte seg at man for cateringvirksomhet på disse installasjonene allerede var forpliktet etter tariffavtale med NSF.

Heller ikke ut fra en avtalerettslig synsvinkel kan den avvikende tariffavtale kjennes ugyldig. Som Evju uttrykker det: *”Arbeidsgivers tariffrettslige forpliktelse – hans manglende ”rett” – påvirker ikke hans kompetanse (”evne”) til å forplikte seg rettslig overfor andre.”*³¹⁷

Evju reiser spørsmålet om ugyldighetsregelen i avtl. § 33 kan komme til anvendelse. Dersom arbeidsgivers inngåelse av den avvikende tariffavtale er tariffstridig kunne det hevdes at det *”vilde stride mot redelighet eller god tro”* å gjøre denne gjeldene. Evju stiller seg imidlertid tvilende til om avtl. § 33 er anvendelig på avtaler som krenker tredjemanns rett. Videre blir det et spørsmål om den avvikende avtale får en så sterk innvirkning på den krenkede fagforenings avtaleforhold at dette berettiger en ugyldighetsvirkning. Evju antar også at retts tekniske hensyn taler mot en anvendelse av avtl. § 33 i slike tilfeller.³¹⁸ Jeg deler her Evjus skepsis og avtl. § 33 vil ikke bli videre drøftet.

Den manglende ugyldighetsvirkning kan føre arbeidsgiver ut i en vanskelig situasjon. Den konkurrerende fagforening kan tenkes å gå til arbeidskamp for å få gjennom

³¹⁵ Se bl.a. Evju 1982 s. 204-205, NOU 1996:14 s. 53, Thorkildsen 1996 s. 67, Stokke/Evju/Frøland s. 129

³¹⁶ ARD-1985-14 (s. 22-23), i samme retning ARD-1985-120 (s.129): *”[a]t N.A.F har bundet seg til en annen løsning i sitt avtaleforhold med NOPEF, er således et forhold som N.A.F selv må bære risikoen for.”* Se for øvrig kapittel 5.3.4.

³¹⁷ Evju 1982 s. 204.

³¹⁸ Evju 1982 s. 204.

tariffkrav som arbeidsgiver ikke kan etterkomme uten samtidig å komme i et mislighold overfor den første fagforening. Dette er undertiden omtalt som ufravikelighetsprinsippets paradoks.³¹⁹

For å gjøre ufravikelighetsprinsippet mer effektivt, foreslo Arbeidsrettsrådet i NOU 1996:14 s. 54 at *”den avvikende tariffavtale blir ugyldig i den utstrekning den strider mot (avviker fra) hovedorganisasjonenes avtale.”* Forslaget ble ikke fulgt opp, se kapittel 4.2.

Det må etter dette anses som klart at en avvikende tariffavtale ikke blir ugyldig som følge av at arbeidsgiver har begått et brudd på ufravikelighetsprinsippet.

9 Troen på et ufravikelighetsprinsipp

Drøftelsene og analysene ovenfor har vist at det neppe er grunnlag for å hevde at det gjelder et alminnelig ufravikelighetsprinsipp som begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. Likevel er det liten tvil om at mange av aktørene i det kollektive arbeidsliv har den stikk motsatte oppfatning, nemlig at det eksisterer et alminnelig ufravikelighetsprinsipp.³²⁰

Et eksempel er en voldgiftskjennelse avsagt den 09.11.04 mellom Forbrukersamvirkets lederforbund (FLF) og Arbeidsgiverorganisasjonen for samvirkeforetak (SAMFO).³²¹

Helt frem til 1998 (formelt 2000) var ansatte i forbrukersamvirket underlagt organisasjonsplikt i LO og frem til 1998 var både butikklederne og de øvrige ansatte plassert i samme overenskomst mellom Handel- og Kontor (HK) og SAMFO. Ved organisasjonspliktens fall inngikk HK og SAMFO ingen overenskomst for butikklederne. Da et ikke ubetydelig antall av butikklederne meldte seg ut av HK og inn i FLF, skrev FLF og SAMFO i 1998 en protokoll om at FLF skulle ha *likelydende* overenskomst som HK. Frem til lønnsoppgjøret i 2004 forelå det således to identiske og konkurrerende tariffavtaler. Ved tarifforhandlingene i 2004 ønsket FLF en

³¹⁹ Jfr. f.eks. adv. Einar Østerdahl Poulssons foredrag *”Kjetterske tanker om ufravikelighetsprinsippet”*, Norsk Arbeidsrettslig Forening 2. november 2004.

³²⁰ Drøftelsene i NOU 1996:14 og NOU 2001:14 illustrerer dette.

³²¹ Kjennelsen er lagt ut på <http://www.flf.no/bilder/2004oktober/kjennelsen.pdf>

annerledes overenskomst med et større innslag av resultatlønn, men ble av SAMFO kun tilbudt en blåkopi av HKs avtale som da allerede var inngått. FLF aksepterte ikke dette og brøt forhandlingene. På sin side ønsket ikke SAMFO avvikende tariffavtaler.

Voldgiftsnemndas oppmann, nylig avgåtte riksmeglingsmann Reidar Webster, uttaler i premissene bl.a.:

”FLF har medbragt en påstand som – om den ble tatt til følge – vil lede til at butikklernerne vil få bli avlønnnet etter ulike tariffavtaler, avhengig av hvilken organisasjonstilknytning den enkelte måtte ha.

I alminnelighet er arbeidstakere i samme kategori underlagt en og samme tariffavtale, uavhengig av organisasjonstilknytning. Dette er en konsekvens av det såkalte ufravikelighetsprinsipp.

I praksis gjelder ikke ufravikelighetsprinsippet absolutt. Man kan finne enkelte unntak fra dette prinsipp. [...]

Oppmannen er derfor tilbøyelig til å anta at også denne nemnd bør ta hensyn til ufravikelighetsprinsippet når den utformer sin konklusjon. Oppmannen har merket seg FLF's anførsel om at dette forbund organiserer flere butikkledere enn Handel og Kontor, samt de konsekvenser som i følge FLF bør trekkes av dette faktum. Etter oppmannens oppfatning fremstår ikke denne anførsel som en avgjørende innvending mot å legge ufravikelighetsprinsippet til grunn.”

Troen på et rettslig ufravikelighetsprinsipp, vil alene ikke være tilstrekkelig for å etablere en slik norm.³²² Under visse omstendigheter kan det imidlertid tenkes at en slik oppfatning kan få rettslig betydning, ikke som en typeforutsetning som *utfyller* tariffavtalen, men som en individuell avtaleforutsetning. Som enhver annen avtale må også tariffavtalen *tolkes* i lys av partenes forutsetninger for å finne frem til dens reelle innhold.³²³ Det som parten(e) oppfatter som en typeforutsetning, er pga. forutsetningens manglende relevans i forhold til tariffavtalen, rettslig sett kun en individuell avtaleforutsetning.

Hvis partene er enige om at tariffavtalen er inngått under en slik ufravikelighetsforutsetning oppstår det ikke noe problem; partenes felles forståelse legges da til grunn. Annerledes stiller det seg der hvor kun den ene part i ettertid hevder

³²² Oppgaven er avgrenset mot ufravikelighetsvirkninger som sedvane, se kapittel 1.3.

³²³ Skriftlighetskravet i arbtvl. §3 nr. 1 endrer ikke på dette, se kapittel 3.2.3. Om betydningen av partenes forutsetninger for tolkning av avtaler i sin alminnelighet se Woxholt s. 423 flg.

at tariffavtalen er inngått under en slik forutsetning. Partene bærer selv risikoen for sine forutsetninger, i den forstand at forutsetningen kun tillegges vekt ved tolkningen dersom den annen part var klar over forutsetningen ved avtaleinngåelsen.³²⁴

Utgangspunktet må være at forutsetningen ikke tillegges vekt med mindre man har klare holdepunkter for at den annen part var klar over forutsetningen. Dette må avgjøres konkret i den enkelt situasjon. I denne vurderingen vil den generelle oppfatning av ufravikelighetsprinsippet blant partene i tariffområdet være av betydning.³²⁵ Hvis det tradisjonelt har vært antatt at det eksisterer et ufravikelighetsprinsipp, vil dette trekke i retning av at den annen part måtte være klar over ufravikelighetsforutsetningen. Om dette alene er tilstrekkelig, er usikkert. Klarhetskravet taler for at man må ha ytterligere holdepunkter for at den annen part skal anses bundet av en ikke-uttalt individuelle avtaleforutsetning.³²⁶

Det må etter dette være klart at troen på et ufravikelighetsprinsipp *kan* utgjøre en individuell avtaleforutsetning som begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå konkurrerende og avvikende tariffavtaler.

Det er grunn til å anta at troen på et ufravikelighetsprinsipp ikke vil falle bort med det første. Tradisjonens makt er sterk i det kollektive arbeidsliv, noe Elvander treffende beskriver slik:

”Aktörerna på arbetsmarknaden är till stor del fångna i strukturer och regelverk som skapades för länge sedan och som det inte är så lätt att ta sig ur.”³²⁷

³²⁴ Samme retning Fougner 2004 s. 132 hvor forutsetningenes betydning i forhold til avtalerettslig ugyldighet drøftes: ”[M]an bærer risikoen for sine egne forutsetninger, og man har et selvstendig ansvar for å sette seg inn i de forpliktelsene man påtar seg.”

³²⁵ Det må presiseres at fraværet av avvikende tariffavtaler ikke i seg selv tilsier at partene har sett seg rettslig avskåret fra å inngå slike avtaler. Det kan være mange årsaker til at det ikke er inngått avvikende avtaler, arbeidsgiver kan f.eks. ha funnet dette mest opportunt.

³²⁶ Om klarhetskravet se kapittel 3.2.3, se for øvrig Rise 1966 s. 68 om forutsetningenes betydning for tolkningen av tariffavtaler i dansk rett.

³²⁷ Elvander s. 5.

DEL III: ANDRE RETTSLIGE SKRANKER FOR ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å INNGÅ AVVIKENDE TARIFFAVTALER

I denne delen av oppgaven forlates ufravikelighetsprinsippet og vi skal se nærmere på om andre lovfestede eller ulovfestede regler begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. Både den alminnelige lojalitetsplikt, avtl. § 36, fredsplikten, likestillingslovens likelønnsregel og det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsipp kan tenkes å utgjøre en begrensning i så måte.

10 Lojalitetsplikten

10.1 Innledende bemerkninger

Som en hver annen avtale utløser også tariffavtalene en gjensidig lojalitetsplikt mellom partene. Problemstillingen i dette kapittelet er i hvilken grad tariffavtalens lojalitetsplikt begrenser arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler.

Lojalitetsplikt er et grunnleggende prinsipp i norsk kontraktsrett utviklet i et samspill mellom rettspraksis og teori.³²⁸ Lojalitetsprinsippet er også kodifisert i deler av den nyere kontraktslovgivning.³²⁹ Dets nærmere innhold og rekkevidde kan ikke angis entydig, men blir gjerne definert som partenes gjensidige plikt til å ta rimelig hensyn til hverandres interesser.³³⁰ En slik definisjon kan være til god hjelp for tanken, men gir ikke mer enn en anvisning på et nokså vidt vurderingstema. Hva man til syvende og sist

³²⁸ Se bl.a. Hov 2002 s. 41, Woxholt s. 338 flg og Arnholm s. 11.

³²⁹ Kjl. §19 (1) b, hvtjl. §19, avhl. §3-7, bofl. §26, husll. §2-4, finavtl. §§15,46&59 og fkjl. §16 (1).

³³⁰ Se Haaskjold s. 35 med henvisning til Lyng Andersen m.fl., *Aftaler og ugyldighet*, s. 40. Se videre Woxholt s. 338 med henvisning til Krüger 1989 s. 213 flg.

vil anse som illojal opptreden, vil trolig ofte bero på mer eller mindre intuitive forestillinger om lojalitet.³³¹

10.2 Lojalitetskravet i tarifforhold

Kravet til lojalitet, eller nærmere bestemt partenes plikt til å ivareta hverandres interesser, avhenger av avtaletype og partenes forhold. I langvarige avtaleforhold som er basert på tillitt og samarbeid, vil det normalt stilles strengere krav til lojal fremferd enn ved f.eks. kjøpsavtaler inngått mellom jevnbyrdige forretningsdrivende.³³² Ved vurderingen av lojalitetskravet i tariffavtaleforhold må det derfor ses hen til tariffavtalens egenart.

Tariffavtalene kjennetegnes ved at de er et resultat av forhandlinger arbeidskamp hvor partene ikke sjeldent står steilt mot hverandre. Videre bygger systemet på at partene er jevnbyrdige og at de innenfor visse rammer kan benytte kampmidler for å presse den annen part. Stokke sier det illustrerende: *"Dermed er det kollektive arbeidslivet [...] et av de få steder i det moderne samfunnet hvor det er legitimt å slåss får å skade den annen part."*³³³ Dette taler for et heller lavt lojalitetskrav. Den kamplignende situasjon er imidlertid kun en side av tariffavtalens egenart. Den annen side er vel så viktig. Gjennom de individuelle arbeidsforhold og tariffavtalens normering av disse, står partene i et sterkt gjensidig avhengighetsforhold. Dette, samt tariffavtalens samfunnsøkonomiske betydning, taler for en streng lojalitetsplikt. Det forhold at tariffavtalene som regel ikke har en lengre varighet enn 2 år, kan vanskelig anføres som et argument for et svakt lojalitetskrav.³³⁴ Det gjensidige avhengighetsforhold opphører ikke ved tariffperiodens utløp. Etter dette må det trolig være slik at lojalitetskravet varierer fra de ulike perioder. Under forhandlingene må partene være berettiget til innen rammene av god forhandlingsskikk å tilstrebe en best mulig avtale uavhengig av den

³³¹ Slik også Hov 2002 s. 43.

³³² Jfr. Hov 2002 s. 43 med videre henvisning til rettspraksis.

³³³ Stokke/Evju/Frøland s. 13, og NOU 2001:14 s.57: *"Under en arbeidskamp står partenes styrke mot hverandre, og den som er sterkest "vinner", ikke fordi retten er på dennes side, men fordi det er denne side som er sterkest. Formålet med arbeidskamp er å sette motparten i en slik økonomisk tvangssituasjon at vedkommende må gi seg, helt eller delvis"*

³³⁴ Eventuelt tre år dersom annet ikke er avtalt jfr. arbtvl. §3 nr. 2.

annen parts interesser. Når tariffavtalen er inngått, tilsier det gjensidige avhengighetsforhold en streng lojalitetsplikt. Arbeidsgivers inngåelse av den avvikende tariffavtale kan imidlertid skje både samtidig og etter inngåelsen av den første avtale.

10.3 Lojalitetsvurderingen

Dersom de avvikende avtaler inngås parallelt over samme forhandlingsbord, vil dette neppe være illojalt. Begge (alle) fagforeningene er da inneforstått med både sitt eget og de øvrige foreningenes oppgjør på avtaletidspunktet. Inngåelsen av tariffavtalen vil dermed innebære en aksept av arbeidsgivers adgang til samtidig å inngå den avvikende avtale.

Mer sammensatt blir vurderingen når avtalene inngås suksessivt. Fagforeningen kan av hensyn til konkurransen om medlemmer ha en interesse i at arbeidsgiver ikke kommer med større innrømmelser overfor de konkurrerende foreninger. Dersom arbeidsgiver likevel gjør dette, vil hans motiv måtte tillegges betydelig vekt. Hvis hensikten med den avvikende avtale er å gjøre den første forening mindre attraktiv, vil dette nokså klart være en illojal disposisjon. Dette vil også kunne betraktes som en organisasjonsfiendtlig opptreden og av den grunn også være et tariffbrudd jfr. kapittel 6.2.4. De avvikende avtaler kan imidlertid også være et direkte resultat av fagforeningenes ulike forhandlingsstyrke. I så fall kan det neppe bli tale om noen illojalitet.³³⁵

Forhandlingsstyrken vil som regel være kjent før forhandlingene starter. Ved å velge å forhandle først, kan det hevdes at fagforeningen har akseptert en viss risiko for at det vil bli inngått avvikende avtaler.

Som tilfellet er med både hevingsvurderingen jfr. kapittel 8.4 og revisjonsdrøftelsen jfr. kapittel 8.5 vil også lojalitetsvurderingen avhenge av hvilke konsekvenser man tillegger den avvikende avtale. Selv om arbeidsgiver ikke har hatt de negative konsekvenser til hensikt, kan det tenkes at det likevel vil være illojalt å inngå den avvikende avtale dersom de negative konsekvenser for den første forening blir for store. Ikke alle konsekvenser kan i en slik sammenheng være relevante. Det må først og fremst være innvirkningen på den første forenings forhold på medlemsmarkedet eller dens

³³⁵ Se Jakhelln 1985 s. 234-235.

medlemmers stilling på arbeidsmarkedet som vil være relevante. Fagforeningen kan imidlertid også ha politisk interesse av at det ikke inngås avvikende avtaler.

Hovedorganisasjonene, og i særdeleshet LO, vil i kraft av sin størrelse kunne utøve en betydelig politisk funksjon gjennom den innretning tariffoppgjørene gis. F.eks. gir horisontale avtaler gode muligheter for lønnsutjevning ved å avtale faste kronetillegg i stedet for prosentvise tillegg. Effekten av en slik politikk vil selvsagt bli større dersom også de konkurrerende avtaler gis et tilsvarende innhold. En slik politisk effekt som er ment å virke også overfor andre enn fagforeningens medlemmer, kan arbeidsgiver neppe være forpliktet til å ta hensyn til.

10.4 Rettsvirkningene av illojal opptreden

Brudd på tariffavtalens lojalitetsplikt vil først og fremst være et tariffbrudd og det vises for så vidt til kapittel 8 ovenfor.

I juridiske teori legges det til grunn at illojalitet som foreligger ved avtaleinngåelsen kan være en selvstendig ugyldighetsgrunn.³³⁶ En viss støtte for et slikt syn kan hentes fra rettspraksis. I Rt-1984-28 hadde Troms Sparebank på kausjonstidspunktet holdt tilbake relevant informasjon for en selvskyldnerkausjonist. Med hjemmel i avtl. § 33 og den ulovfestede lære om lojalitet i kontraktsforhold, kom Høyesterett til at kausjonserklæring derfor måtte anses ugyldig.³³⁷ Rt-1995-1460 (Haugom) er også av en viss interesse. Saken gjaldt gyldigheten av et aksjesalg og pga. illojal opptreden fra selgerens side kom retten til at salget var ugyldig. Det fremkommer ikke klart av dommen om retten bygger sitt resultat direkte på den ulovfestede lære om lojalitet i kontraktsforhold eller om denne ble sidestilt med avtl. § 33 slik tilfellet var i Rt-1984-28.³³⁸

Så vidt vites har spørsmålet om en tariffavtale kan kjennes ugyldig pga. illojalitet ikke vært oppe for Arbeidsretten. I forhold til vår problemstilling synes dette heller ikke å være særlig praktisk all den tid illojaliteten må foreligge ved avtaleinngåelsen. I så fall

³³⁶ Jfr. bl.a. Woxholt s. 338.

³³⁷ I samme retning RG-1994-1017.

³³⁸ I teorien tas dommen til inntekt for at også kommersielle avtaler kan kjennes ugyldige på grunnlag av den ulovfestede lære om lojalitet i kontraktsforhold, se Woxholt s. 338 flg. og Hov 2002 s. 272-273.

må arbeidsgiver allerede på avtaletidspunktet hatt til hensikt senere å inngå en avvikende avtale. En slik hensikt vil formodentlig være vanskelig å bevise.³³⁹

Illojalitet vil videre kunne være et relevant moment i en urimelighetsvurdering etter avtl. § 36. Dette følger av bestemmelsens annet ledd, juridiske teori og rettspraksis, se f.eks. Rt-1994-833 (842).³⁴⁰ For øvrig vises det til drøftelsen av avtl. § 36 i kapittel 8.5.

10.5 Sammenfatning

Hvorvidt det vil være illojalt av arbeidsgiver å inngå avvikende tariffavtale vil avhenge av årsaken til at slik avtale er inngått. Hvis arbeidsgiver inngår den avvikende avtale i den hensikt å svekke den første fagforenings posisjon i konkurransen om medlemmer, vil dette trolig være illojalt. Dersom de avvikende avtaler derimot kun er et resultat av fagforeningenes ulike forhandlingsstyrke vil arbeidsgivers opptreden neppe være illojalt. Brudd på lojalitetsplikten vil først og fremst innebære et tariffbrudd. Det kan også tenkes at det kan føre til ugyldighet av den første avtale, men dette er neppe praktisk. Endelig vil illojalitet kunne få betydning for en rimelighetsvurdering etter avtl. § 36.

11 Avtaleloven § 36, forbudet mot urimelige avtaler

Arbeidsgivers inngåelse av den avvikende avtale kan tenkes å gjøre det urimelig å kreve avtalen med den første forening opprettholdt. I så fall kan den første forening kunne kreve revisjon etter avtaleloven § 36. Avtaleloven kan følgelig tenkes å være en selvstendig skranke for arbeidsgivers avtalefrihet. Det vises for øvrig til drøftelsene i kapittel 8.5.

³³⁹ Ugyldighetslæren har gjennomgående vært benyttet ved uønsket opptreden på avtaletidspunktet. Senere inntrådte forhold vil heller bli vurdert ut fra misligholdsbetraktninger, evt forutsetningslæren jfr. Hov 2002 s. 181-182.

³⁴⁰ Se f.eks. Woxholt s. 338

12 Fredsplikten

I kapittel 6.2.5 ble det drøftet om arbeidsgivers oppsigelser av de individuelle arbeidsforhold kunne medføre en krenkelse av fredsplikten.³⁴¹ Her skal det meget kort vurderes om arbeidsgivers inngåelse av den avvikende tariffavtale kan innebære et brudd på fredsplikten mellom arbeidsgiver og den første fagforening. Svaret på dette vil trolig måtte bero på hvilken hensikt arbeidsgiver hadde med å inngå den avvikende avtale, samt hvilken virkning denne kan få for den første avtale.

Hvis den avvikende avtale fører til at den første forenings medlemmer taper i konkurransen om arbeid, kan den første forening gjennom reforhandlinger inngå en dårligere avtale for å sikre sine medlemmer arbeid. Dersom dette var arbeidsgivers hensikt med å inngå den avvikende avtale, kan hans opptreden trolig innebære annen arbeidskamp og dermed være fredspliktsstridig jfr. arbtvl. § 6 nr. 3.³⁴²

At den avvikende avtale skal kunne få en slik innvirkning på den første fagforening virker imidlertid lite sannsynlig jfr. kapittel 6. Det er dermed liten grunn til å anta at fredsplikten vil sette skranker for arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler.

13 Likelønnsregelen

Det følger av likestillingsloven § 5 at arbeid av lik verdi i samme virksomhet ikke kan lønnes ulikt på grunn arbeidstakerens kjønn.³⁴³ Dette er en presisering av det generelle diskrimineringsforbud i lovens § 3. Retten til ikke å bli kjønnsdiskriminert er en grunnleggende menneskerettighet beskyttet i en rekke konvensjoner Norge er bundet av, bl.a. ØSK art 2 nr. 2, ESP art. 3 og art. 4 og EMK art 14. En likelønnsregel følger også av ILO-konvensjon nr. 100 og FNs kvinnekonvensjon art. 11 nr. 1 d. Også i EU-retten

³⁴¹ Generelt om fredsplikten se kapittel 6.2.5.1.

³⁴² Slik også Thorkildsen 2001 s. 347-348.

³⁴³ Etter likebehandlingskapittelet i aml. §54A flg. reguleres diskriminering pga. kjønn av likestillingsloven jfr. aml. §54B nr. 2.

gjelder det et generelt diskrimineringsforbud og en likelønnsregel følger direkte av EØS-avtalen art. 69 og 70.³⁴⁴

Hvis lønnen fastsettes ved individuelle forhandlinger eller eventuelt fastsettes ensidig, har arbeidsgiver full mulighet til å overholde diskrimineringsforbudet. Ved kollektive lønnsforhandlinger mister arbeidsgiver tilsynelatende den fulle kontroll over lønnsdannelsen og dens forhold til likelønnsregelen. Dette vil gjelde enda mer dersom det dreier seg om tariffavtaler inngått med ulike fagforeninger og eventuelt med ulike lønssystemer som det kan være vanskelig å overskue de faktiske virkninger av. Ved endringslov i 2002 ble det imidlertid presisert likestillingsloven § 5 annet ledd at likelønnsregelen også gjelder der lønnen reguleres i ulike tariffavtaler.³⁴⁵

I forarbeidene, Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 8.7.2 uttaler departementet at likelønnsregelen ikke ville kunne fungert effektivt dersom det ikke skulle være adgang til sammenligning på tvers av tariffavtalen og faglig tilknytning. Videre ble en slik sammenligningsadgang begrunnet i hensynet til Norges folkerettslige forpliktelser, først og fremst ILO-konvensjon nr. 100 og FNs kvinnekonvensjon. Departementet viste også til likelønnsregelen i EØS-avtalen art. 69 og 70, (tilsvarende Romatraktaten art. 119 videreført i Amsterdamtraktaten art. 141). Det kan her bemerkes at selv om EF-domstolen flere ganger har uttalt at likelønnsregelen kommer til anvendelse der hvor lønnsforskjellene er et resultat av kollektive forhandlinger, som f.eks. i Enderby-dommen C-127/92,³⁴⁶ har domstolen ikke behandlet saker hvor ulik lønnsnivå oppstår som resultat av konkurrerende tariffavtaler.³⁴⁷ Se for øvrig Vigerust s. 17 med videre henvisning til EF-domstolens praksis.

Arbeidsretten har i flere saker kommet til at en tariffavtale virker kjønnsdiskriminerende og i strid med likestillingsloven, se ARD-1990-148 og ARD-2002-456.

³⁴⁴ Se NOU 2001:14 s.19 flg.

³⁴⁵ Lovendringen tilsiktet ingen realitetsendring, men ble gjort for å fjerne eventuell tvil, se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 8.7.2.

³⁴⁶ Hvor domstolen i premiss nr. 22 uttalte: *"Saafremt arbejdsgiver kunne begrunde lønsforskellen blot ved at henvise til, at der ikke foreligger forskelsbehandling i relation til hver af de nævnte forhandlinger betragtet hver for sig, kunne han ... let omgaa ligelønsprincippet ved at foere saerskilte forhandlinger."*

³⁴⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.3.1.2. Det er også foretatt resultatløst søk på <http://curia.eu.int> for eventuell nyere praksis.

Diskrimineringsforbundet og likelønnsregelen virker ikke bare som en skranke for hva den enkelte tariffavtale kan inneholde. Den kan også i enkelte tilfeller begrense arbeidsgivers adgang til å inngå *avvikende* konkurrerende tariffavtaler. Det er ikke uvanlig at fagforeninger organiserer arbeidstakere etter hvilken utdannelsesbakgrunn de har og ikke etter hvilket arbeid de utfører.³⁴⁸ Videre er det ikke uvanlig at samme type arbeid utøves av arbeidstakere med ulik utdannelsesbakgrunn. Det er heller ikke utenkelig at rekrutteringen til visse utdannelser er kjønnskjev, se f.eks. de faktiske forhold i ARD-1990-148. Dermed kan man få en situasjon hvor samme type arbeid er regulert i tariffavtaler med ulike forbund og hvor avtaletilknytning er mer eller mindre sammenfallende med hvilket kjønn arbeidstakerne har. Hvis avtalene har avvikende lønns og arbeidsvilkår, vil dette innebære et brudd på likelønnsregelen.

Arbeidet trenger ikke å være klassifisert som det samme med lik tittel osv. så lenge arbeidet etter en helhetsvurdering fremstår som arbeid av lik verdi. Det kan derfor hende at arbeid av lik verdi etter likelønnsloven, likevel ikke faller inn under de samme tariffavtalenes virkeområde. I så fall vil det ikke være snakk om konkurrerende tariffavtaler, jfr. kapittel 1.2 og deres forhold til likelønnsloven vil følgelig ikke bli nærmere drøftet.

Spørsmålet om avvikende og konkurrerende tariffavtalers forhold til likelønnsregelen, har ikke vært oppe for Klagenemnda, Arbeidsretten, eller de ordinære domstoler i individualisert form.

Klagenemndas vedtak av 21. mars 2003 som gjaldt to ikke-konkurrerende tariffavtaler, kan være av en viss interesse for vårt tema.³⁴⁹

Forholdet var i korthet at Braathens ASA av sikkerhetsmessige hensyn brukte et poengsystemet for å beregne de ansattes arbeidstid. Poeng ble gitt for antall timer i lufta, landinger, take-off osv. For heltidsansatte kunne det ikke arbeides mer enn tilsvarende 270 poeng i uka. For deltidsansatte piloter ble poenggrensen redusert i forhold til stillingsbrøken. For deltidsansatte kabinpersonale gjaldt imidlertid 270-

³⁴⁸ Typisk her er medlemsorganisasjonene i hovedsammenslutningen Akademikerne.

³⁴⁹ LKN-2003-6.

poenggrensen fullt ut noe som medførte en høyere arbeidsbelastning. Poengsystemet var regulert gjennom tariffavtaler og de kabinansattes fagforening PRIFO påsto at ordningen var i strid med likestillingsloven da flertallet av pilotene var menn, mens flertallet av kabinpersonalet var kvinner.

Klagenemnda kom til at ordningen var i strid med likestillingsloven, og til Braathens ASA's anførsler om at ordningene var et resultat av kollektive forhandlinger og ikke i seg selv hadde noe med å kjønn gjøre, uttalte nemnda:

”Nemnda presiserer at reglene om indirekte diskriminering gjelder på tvers av kollektivavtaler. ... At ordningen ikke har hatt til hensikt å diskriminere, er ikke relevant så lenge handlingen i praksis har en kjønnsskjev effekt. Arbeidsgivers plikt til å arbeide planmessig for likestilling jf § 1 a krever en særskilt årvåkenhet til likestillingsperspektivet ved lokale forhandlinger.”

Som påpekt av Fougner innebærer Klagenemndas lovforståelse ”at en part kan kreve praktisert en ordning som vedkommende organisasjon selv ikke fremmet krav om under tarifforhandlingene eller det gjelder en ordning som man uttrykkelig ga avkall på under forhandlingene for å få innfridd andre krav.”³⁵⁰ Uavhengig av hvilke krav fagforeningene måtte fremme, vil arbeidsgiver imidlertid ha en særskilt plikt til å sørge for likestilling også under tarifforhandlingene.³⁵¹

Da tariffavtalens forhold til likelønnsregelen i ulike former kan bringes inn for Klagenemnda for likestilling jfr. likestillingsloven § 10, i individualisert form for de ordinære domstoler og for Arbeidsretten, kan det oppstå en rekke prosessuelle spørsmål, særlig i forhold til rettskraftsvirkninger. Disse vil ikke bli behandlet nærmere her og det henvises for så vidt til Vigerust, Holgersen og Stabel.

14 Offentlige arbeidsgivere og forholdet til det forvaltningsrettslig likebehandlingsprinsipp

³⁵⁰ Fougner 2004 s. 156.

³⁵¹ Om det tilsvarende spørsmål i dansk rett, se Kristiansen 2004 s. 353 flg.

14.1 Problemstillingen

Ikke sjeldent blir det fremholdt at stat og kommune som offentlige arbeidsgivere ikke kan tilby uorganiserte arbeidstakere andre lønns- og arbeidsvilkår enn det de organiserte tilbys, jfr. det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsipp.³⁵²

I statlig sektor sikres likebehandling ved at det i det stortingsvedtak som godkjenner tariffoppgjøret uttrykkelig fastsetter at de uorganiserte tjenestemenn skal ha samme lønns- og arbeidsvilkår som de organiserte.³⁵³ Hvorvidt denne praksisen skyldes at man anser seg bundet av likebehandlingsprinsippet er ikke godt å vite. I kommunal sektor kommer oppfatningen om en slik forvaltningsrettslig forpliktelse bl.a. til uttrykk i KS' Personelhåndbok 2004 s. 320 hvor det heter: *"[a]rbeidsgivere har et ansvar for, og må sørge for at uorganiserte ikke blir forskjellsbehandlet i forhold til organiserte når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår. Dette følger av forvaltningsrettslige prinsipper om likebehandling."*

Spørsmålet som kort skal reises og drøftes i dette kapittelet er om det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsipp innebærer en skranke for staten eller kommunene (gjennom KS) når det gjelder å inngå avvikende tariffavtaler.³⁵⁴ I begge disse tariffområdene er det sterke tradisjoner for at det inngås likelydende tariffavtaler med hhv. hovedsammenslutningene jfr. tjtlv. § 3 og de ulike forhandlingssammenslutningene i kommunal sektor.³⁵⁵ Det er dog noen eksempler på at enkelte hoved- eller forhandlingssammenslutninger har brutt og oppnådd avvikende oppgjør i meglingen.³⁵⁶

³⁵² Se NOU 2004:5 s.130, Stokke/Evju/Frøland s. 104, Eckhoff s.136, SOMB-1994-103. Det må bemerkes at også offentlige arbeidsgivere vil ha en tariffmessig plikt til å la tariffavtalens vilkår også gjelde for de uorganiserte, se kapittel 3.2.3.

³⁵³ Som den bevilgende myndighet jfr. GRL §75 d, er det Stortinget som godkjenner lønnsoppgjørende i statlig sektor jfr. tjtlv. §31, se Eckhoff s. 139 og 141.

³⁵⁴ Iht. koml. § 28 kan kommunene og fylkeskommunene gi KS, fullmakt til å fremforhandle og inngå tariffavtaler på deres vegne.

³⁵⁵ Det er den enkelte fagforening og ikke hovedorganisasjonen som er part i hovedtariffavtalen i kommunal sektor. For praktisk gjennomføring av oppgjørene forhandles det imidlertid med forhandlingssammenslutninger. Disse følger normalt hovedorganisasjonsinndelingen, men trenger ikke å gjøre det.

³⁵⁶ Se om dette NOU 2001:14 s. 84.

14.2 Likebehandlingsprinsippets anvendelse i de offentlige ansettelsesforhold generelt og tarifforhold spesielt

De ulovfestede forvaltningsrettslige regler begrenser forvaltningens kompetanse overfor borgerne. Likebehandlingsprinsippet forbyr forvaltningen å utøve usaklig forskjellsbehandling og utgjør en del av det alminnelige forvaltningsrettslige forsvarlighetskrav; det offentlige skal ikke bruke sin myndighet overfor borgerne på en vilkårlig og usaklig måte.³⁵⁷

I de offentlige ansettelsesforhold innehar forvaltningen en dobbeltrolle, den er både utøver av forvaltningsmyndighet og arbeidsgiver. Også utøvelsen av arbeidsgiverfunksjon underkastes i utgangspunktet de forvaltningsrettslige regler jfr. f.eks. forvaltningsloven (fvl.) av 10. februar 1967 § 2 annet ledd.³⁵⁸ Hvorvidt likhetsprinsippet har betydning for arbeids- og lønnsvilkår generelt, og tariffestede vilkår spesielt, fordrer likevel en nærmere vurdering.

I utgangspunktet fremstår det som vanskelig å begrunne at det skal et gjelde strengere likebehandlingskrav i offentlige- enn private ansettelsesforhold.³⁵⁹ Ulike lønns- og arbeidsvilkår vil først og fremst ha betydning for forholdet mellom de ansatte og arbeidsgiver.³⁶⁰ I vurderingen av hvilke konsekvenser ulik avlønning vil kunne få for borgerne for øvrig, ledes man trolig raskt over fra juridiske til ideologiske og politiske betraktninger. Enkelte vil hevde at ulik avlønning vil kunne føre til uro, misnøye og kameraderi innad i forvaltningen. Andre vil derimot hevde at forvaltningen kan bruke ulik lønn som et personalpolitisk virkemiddel for å stimulere til effektivitet og bedre resultater til fordel for borgerne. De senere års utvikling med stadig større lokal lønnsdannelse i offentlig sektor må antageligvis forstås som et resultat av den sistnevnte betraktning. Et krav om likebehandling kan dermed vanskelig begrunnes direkte i hensynet til borgerne.

³⁵⁷ Se Ekchhoff 286-306.

³⁵⁸ Se Eckhoff s. 133 flg.

³⁵⁹ En tilsvarende forpliktelse følger ikke av likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven jfr. aml. §54D nr. 2, se også Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40.

³⁶⁰ I denne relasjon betraktes ikke de offentlige ansatte samtidig som borgere.

Det er derfor nærliggende å anta at den tradisjonelle oppfattelsen - i den grad den er rettslig fundert - reelt sett ikke bygger på likebehandlingsbetraktninger alene.

Fagforeningsvirksomhet er et foretagende av utpreget politisk karakter. Ved å forbeholde de tariffbestemte vilkår de organiserte, vil de uorganiserte kunne få et økonomisk incitament til å la seg organisere. Dette vil igjen kunne oppfattes som en indirekte støtte til fagforeningen og en politisk stillingstagen hos det offentlige.

Oppfatningen av arbeidsgivers plikt til å ivareta de uorganiserte kan derfor begrunnes med at forvaltningen ikke skal ta hensyn til politiske sympatier og antipatier; dette er typisk utenforliggende hensyn.³⁶¹

En annen begrunnelse for likebehandling kan være hensynet til den negative organisasjonsrett.

Det er imidlertid ikke sikkert at denne er til hinder for dårligere lønns- og arbeidsvilkår for de uorganiserte. Dersom den negative organisasjonsretten mot formodning skulle være til hinder for en forskjellsbehandling, vil likebehandlingskravet kunne bygges direkte på denne.

Det skal ikke gås nærmere inn på disse spørsmålene her, men det må kunne slås fast at dersom likebehandlingskravet er begrunnet i at forvaltningen ikke skal ta et politisk stillingstagen, vil likebehandlingskravet vanskelig betydning for spørsmålet om å inngå avvikende tariffavtaler.³⁶² En forskjellsbehandling i så måte vil *kun* fungere mellom organiserte.

Videre vil det fremstå som påfallende dersom alminnelige forvaltningsrettslige normer skal tillegges avgjørende vekt ved løsning av tariffrettslige spørsmål. Det kollektive arbeidsliv kjennetegnes nettopp ved at partene er gitt et atskillig spillerom. Man har i det lengste avstått fra å gripe regulerende inn i den interessekamp som føres mellom partene. I mangel av sterke mothensyn, må de forvaltningsrettslige betraktninger komme i annen rekke. Likevel må det antas at den offentlige arbeidsgiver under tariffforhandlingene vil være avskåret fra å prioritere eller forfordle fagforeninger på usaklig grunnlag. Usaklig vil det være dersom oppgjørende styres av arbeidsgivers sympatier og antipatier for de ulike fagforeninger. En slik opptreden vil være både

³⁶¹ På den annen side kan likebehandling av både uorganisert og organiserte ses som en støtte til de uorganiserte; en aksept av "gratispassasjerene." Det følger av tariffsystemet at disse ikke kan utlede rettigheter fra tariffavtalen.

³⁶² Nærmere om slike og tilgrensede spørsmål Bernt s. 37-47.

organisasjonsfiendtlig og illojalt og dermed også tariffstridig, se hhv. kapittel 6.2.4 og kapittel 10. M.a.o. vil en slik opptreden fra arbeidsgivers side ikke være i tråd med de spilleregler som gjelder i det kollektive arbeidsliv.³⁶³ Det er derfor ingen grunn til ikke å gi de forvaltningsrettslige regler gjennomslag. En annen ting er at det ikke vil være et praktisk behov for dette, da handlingen som nevnt allerede vil være tariffstridig.

14.3 Saklig forskjellsbehandling

Dersom likebehandlingsprinsippet mot formodning skulle begrense adgangen til å inngå avvikende tariffavtaler, blir spørsmålet om ulik behandling beroende på ulik organisasjonstilknytning vil være *saklig*. Det er kun den usaklige forskjellsbehandling som rammes av likebehandlingsprinsippet.

Lønns- og arbeidsvilkår fastsatt gjennom kollektive forhandlinger, kan vanskelig sies å være vilkårlige eller bero på utenforliggende hensyn, forutsatt at resultatene styres av partenes forhandlingsstyrke jfr. ovenfor om arbeidsgivers irrelevante sympatier og antipatier. Dette særlig fordi de ansatte fritt kan velge hvilken fagforening de vil stå tilsluttet. Ved valg av forening aksepterer man også foreningens lønnspolitikk og evne til å oppå sine mål. En mulig innvending kan her reises for de tilfeller hvor ikke alle de aktuelle fagforeninger vil være åpne for alle arbeidstakerne innenfor tariffområdet. Det er ikke uvanlig at enkelte fagforeninger stiller visse kvalifikasjonskrav for medlemskap, f.eks. foreninger tilknyttet Akademikerne som stiller krav om utdanning på hovedfagsnivå.³⁶⁴ Hvor langt en slik innvending kan bære er noe usikkert. Det kan anføres at ulik kompetanse nettopp kan være saklig grunn til forskjellsbehandling. I Hovedtariffavtalen i KS-området 2004-2006 kapittel 3.2 "*Lokal lønnspolitikk*" heter det: "*Det bør være en naturlig sammenheng mellom arbeidstakerens kompetanseutvikling og lønnsutvikling.*" Dette kan anses som en aksept av at ulik kompetanse er saklig grunn til forskjellsbehandling.

I det hele tatt kan de tidligere nevnte endringer i avtalesystemene de senere år, tas til inntekt for at partene i offentlig sektor anser det saklig med ulike lønns- og

³⁶³ For tilsvarende drøftelser i dansk rett, se Kristiansen 2005 s. 61-62.

³⁶⁴ Slike vedtektsfestede vilkår for medlemskap anses ikke for å være i strid med retten til fritt fagforeningsvalg, se Olsson 2003.

arbeidsvilkår dersom dette er hjemlet i tariffavtaler. F.eks. er det ikke lenger noe lønnstrinnsystem i KS-området. Det nye sentrale lønns- og stillingsregulativ i Hovedtariffavtalens kap. 4 fremstår nå som en minstelønnsavtale. For arbeidstakere plassert i avtalens kapittel 5, skal all lønn forhandles lokalt og det gjelder ingen minstelønn. Også Hovedtariffavtalen i staten åpner for mer lokal lønnsdannelse jfr. avtalens kapittel 2. Dette vil utvilsomt føre til at likt arbeid lønnes ulikt. Det må her presiseres at partenes eventuelle oppfatning av hva som er saklig forskjellsbehandling, ikke kan være avgjørende for saklighetsvurderingen. Partene har ikke rådighet over saklighetskravet. Det at partene åpner for forskjellsbehandling *kan* på den annen side ses som et uttrykk for at sterke innvendinger ikke gjør seg gjeldene. Dersom det anses saklig å forskjellsbehandle med hjemmel i samme tariffavtale, vil det fremstå som dårlig fundert at ulike vilkår ikke kan følge av ulike avtaler.

14.4 Sammenfatning og konklusjon

Ulike lønns- og arbeidsvilkår vil først og fremst få betydning for *de ansatte* i offentlig sektor, og ikke borgerne. Dette taler mot at likebehandlingsprinsippet får anvendelse på slike forhold. Når lønns- og arbeidsvilkårene fastsettes gjennom tariffavtale, forsterkes dette ved at de tariffrettslige normer og prinsipper må komme i forgrunnen på bekostningen av de forvaltningsrettslige regler.

Hvis likebehandlingsprinsippet mot formodning skulle komme til anvendelse, blir spørsmålet om ulike lønns- og arbeidsvilkår fastsatt gjennom ulike tariffavtaler vil være saklig forskjellsbehandling. Så lenge de ulike vilkår er et resultat av forhandlinger og fagforeningenes ulike ønsker og forhandlingsstyrke, kan dette neppe være *usaklig* forskjellsbehandling. En liten reservasjon må muligens gjøres for de tilfeller hvor arbeidstakerne pga. opptakskrav vil være avskåret fra medlemskap i en eller flere foreninger.

Etter dette må det kunne slås fast med nokså stor grad av sannsynlighet at det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsipp *ikke* er til hinder for at offentlige arbeidsgivere kan inngå konkurrerende og avvikende tariffavtaler. I mangel av klarere holdepunkter i autoritære rettskilder, kan det dog ikke konkluderes ubetinget.

DEL IV: AVSLUTNING

15 Sammenfatning og konklusjon

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven har vært om en tariffbundet arbeidsgiver er rettslig avskåret fra å inngå avvikende tariffavtaler.

Drøftelsene har vist at det er svært usikkert om ufravikelighetsprinsippet kan strekkes så langt at dette utgjør en begrensning i arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler. Dette fordi avvikende tariffavtaler neppe vil hindre at tariffavtalene fungerer etter sitt formål; å sikre stabile og rimelige lønns- og arbeidsvilkår.

Avvikende tariffavtaler *kan tenkes* å medføre uønskede konsekvenser, f.eks. svekke mulighetene for å gjennomføre et effektivt inntektspolitisk samarbeid, øke konfliktnivå og usikkerhet i forhandlingssituasjonen mm.. Dette vil imidlertid neppe være tilstrekkelig for å etablere en ufravikelighetsnorm.

Selv om det ikke kan legges til grunn noen alminnelig ufravikelighetsforutsetning, kan troen på et ufravikelighetsprinsipp i det enkelte tariffavtaleforhold likevel danne individuelle avtaleforutsetninger som binder partene. Noen alminnelig norm vil slike forutsetninger imidlertid ikke danne.

Heller ikke den alminnelige lojalitetsplikt, avtl. § 36, fredsplikten eller det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsipp synes å oppstille en alminnelig og praktisk begrensning i arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler.

Likestillingslovens likelønnsregel jfr. § 5, kan tenkes å utgjøre en slik begrensning der hvor kjønnsfordelingen mellom de konkurrerende foreninger er svært skjev.

Det kan trolig ikke oppstilles noen alminnelig begrensning i arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler.

16 Noen avsluttende bemerkninger

Tanken på avvikende og konkurrerende tariffavtaler kan for mange virke fremmed. Tariffavtalens idé er jo nettopp at arbeidstakerne skal stå sammen i sin interessekamp mot arbeidsgiver. Ved å åpne for en fragmentering av organisasjonsbildet, inviteres arbeidsgiver til å bedrive en splitt-og-hersk-taktikk blant arbeidstakeren, noe som vil forrykke balanseforholdet mellom to presumptivt jevnbyrdige parter. Dette er etter mitt skjønn en gammeldags tilnærming. Kombinasjonen av et høyt velferdsnivå, lav arbeidsledighet, gode trygdeordninger og en omfattende vernelovgivning gjør at arbeidstakerne først og fremst er opptatt av å sikre seg gunstige lønns- og arbeidsvilkår. Dette vil selvsagt ikke gjelde alle deler av arbeidslivet, men kampen om arbeid og det daglige brød må generelt antas å ha kommet i bakgrunnen. Fagforeningene vil således være mer interessert i å sikre sine medlemmer gode oppgjør enn å sikre de arbeid. Ved en eventuell kraftig konjunkturedning kan selvsagt dette snus på hodet. Slik situasjonen imidlertid er i dag, og som den har vært nokså lenge, er det liten sannsynlighet for at arbeidsgiver har noe å hente på å forsøke seg med en splitt-og-hersk-taktikk.

Samtidig vil en begrensning i arbeidsgivers adgang til å inngå avvikende tariffavtaler klart være av interesse for typisk etablerte og tunge fagforeninger. Hvis deres tariffavtale anses ufravikelig, vil foreningens posisjon sikres og mulighetene for påvirke av lønnsdannelsen også for de konkurrerende foreningers medlemmer vil øke.

Motsatt vil både nye og mindre fagforeninger kunne ha stor interesse av å inngå avvikende avtaler, både direkte i forhold til lønnsnivå og innretning. Nye konkurrerende foreninger vil ofte være dannet for å kunne tilby arbeidstakerne noe annet enn de etablerte foreninger. Hele deres berettigelse vil således kunne avhenge av om de klarer å oppnå avvikende avtaler.

Arbeidsgiver vil på sin side både kunne være interessert i likelydende og avvikende avtaler. Likelydende av rene opportunitetshensyn som f.eks. å sikre en enkel personaladministrasjon. Avvikende avtaler kan være gunstig dersom arbeidsgiver ikke ønsker den innretning tidligere oppgjør har gitt, eller f.eks. for å sikre seg nærmere bestemt arbeidskraft.

Hvorvidt arbeidsgiver skal kunne inngå avvikende tariffavtaler er følgelig ikke et rettslig spørsmål, men et spørsmål om makt, innflytelse og opprettholdelse av etablerte posisjoner. I diskusjonen om avvikende og konkurrerende tariffavtaler er det mitt håp at denne besvarelsen kan bidra til å avdekke hvilke argumenter som er rettslig holdbare og hvilke som kun er uttrykk for politiske vurderinger og ønsker.

17 Registre

Litteratur:

- Andersen 1955 Kristen Andersen: *Arbeidsretten og organisasjonene*
Oslo 1955
- Andersen 1965 Kristen Andersen: *Arbeidskamp og Arbeidsrett*, Oslo 1965
- Andersen 1967 Kristen Andersen: *Fra arbeidslivets rett*, Oslo 1967
- Arnholm 1976 Carl Jacob Arnholm: *Lærebok i avtalerett*, Oslo 1976
- Berg Paal Berg: *Arbeidsrett*, Oslo 1930
- Bergsåker Trygve Bergsåker: *Kontraktsrettslige generalklausuler*, JV
1980 s. 133
- Bernt Jan Fridthjof Bernt: *Forbudet i kommunelovens § 23 mot
støtte til politiske organisasjoner og formål*, Bergen 1973.
- Braaten Leif Braaten & W. Opsahl: *Skogbrukets
arbeidsgiverforening, Beretning 1928-1953*, Oslo 1953
- Eckhoff Torstein Eckhoff: *Rettskildelære* 5. utg. v/Jan Helgesen,
Oslo 2001
- Elvander Nils Elvander: *Inkomstpolitikk i Norden*, Nielsen &
Pedersen (ed) *Forhandlingsøkonomi i Norden*, Oslo 1989.
- Evju 1982 Stein Evju: *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*,
Oslo 1982
- Evju 1984 Stein Evju: *Tariffavtalens eftervirkning*, TfR 1984 s. 254
- Evju 1990 Stein Evju: *Arbetsrätten i Norden*, Stockholm 1990
- Evju 2001 Stein Evju: *Competition law and collective agreements*,
artikkel publisert i *The International Journal of
Comparative Labour Law* 2001 s. 165 flg.
- Fanebust Arne Fanebust *Oppsigelse i arbeidsforhold* 4. utg., Oslo
2001
- Fleischer Carl August Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode*,
Oslo 1998

Fougner 2003	Jan Fougner m.fl.: <i>Omstilling og nedbemanning</i> , Oslo 2003
Fougner 2004	Jan Fougner m.fl.: <i>Kollektiv arbeidsrett</i> , Oslo 2004
Fougner/Holo/Friberg	Fougner, Holo og Friberg: <i>Kommentarutgave arbeidsmiljøloven</i> , 8. utgave Oslo 2003
Friberg	Odd Friberg: <i>Arbeidervernlover</i> 5 utg. Oslo 1968
Hagstrøm	Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke: <i>Obligasjonsrett</i> , Oslo 2003
Halberg 1993	Paul Tage Halberg: <i>Den stolte sliter</i> , Oslo 1993
Halberg 1995	Paul Tage Halberg: <i>Arbeidets Frihet i skogbygdene i 1930-årene</i> Arbeiderhistorie, Årbok for Arbeiderbevegelsens Arkiv og Bibliotek Oslo 1995
Henriksen	Knut E. Henriksen: <i>Tariffavtale og fredsplikt</i> , Oslo 1956
Holgersen	Gudrun Holgersen: <i>Likestillingsloven og tariffavtaler</i> , <i>Festskrift til Per Stavang</i> , Bergen 1998
Hov 1998	Jo Hov: <i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> 2. utg., Oslo 1998
Hov 2002	Jo Hov: <i>Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I</i> , Oslo 2002
Haaskjold	Erlend Haaskjold: <i>Kontraktsforpliktelser</i> Oslo 2002
Jakhelln 1985	Henning Jakhelln: <i>Motstridende tariffavtaler</i> , artikkel inntatt i <i>Arbeidsrettslige studier</i> bind I s. 226-236, Oslo 2000
Jakhelln 1998	Henning Jakhelln: <i>Obiter dicta – nei takk!</i> , Lov og Rett 1998 s. 129-130
Jakhelln 2004	Henning Jakhelln: <i>Oversikt over Arbeidsretten</i> , 3. utg. Oslo 2004
Kristiansen 2004	Jens Kristiansen: <i>Den kollektive arbeidsret</i> , København 2004
Kristiansen 2005	Jens Kristiansen: <i>Grundlæggende arbejdsret</i> , København 2005
Krüger	Kai Krüger: <i>Norsk Kontraktsrett</i> , Bergen 1989
Møse	Erik Møse: <i>Menneskerettigheter</i> , Oslo 2002
Olsson 2003	Petra Herzfeld Olsson <i>Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet</i> , Uppsala 2003

Olsson 2004	Petra Herzfeld Olsson <i>Facklig föreningsfrihet – en mänsklig rättighet med kärna och variation</i> , artikkel inntatt i tidsskriftet <i>Arbeidsrett</i> 2004 s. 24 flg.
Rise	Allan Rise: <i>Overenskomstfortolkning ved faglig voldgift</i> , København 1966
Schmidt	Folke Schmidt (Eklund, Göransson, Källström & Sigeman) <i>Facklig Arbetsrätt</i> , Stockholm 1999
Stabel	Ingse Stabel: <i>Lik lønn for arbeid av lik verdi - særlig om håndheving i forhold til tariffbasert lønnsfastsettelse</i> , Lov og Rett 1991 s. 177
Stokke	Torgeir Aarvaag Stokke: <i>Lønnsforhandlinger og konfliktløsning – Norge i et skandinavisk perspektiv</i> , Doktoravhandling, Fafo-rapport 246, Oslo 1998
Stokke/Evju/Frøland	Torgeir Aarvaag Stokke, Stein Evju & Hans Otto Frøland: <i>Det kollektive arbeidsliv</i> , Oslo 2003
Storeng/Beck/Due Lund	Nils Storeng, Tom H. Beck, Arve Due Lund: <i>Arbeidslivets spilleregler I</i> , Oslo 2003
Sørum 2002	Tom Sørum: <i>Forholdet mellom tariffavtaler og konkurranserett</i> , Marius 2002 nr. 291.
Thorkildsen 2001	Tarjei Thorkildsen: <i>Annen arbeidskamp enn streik og lockout</i> , inntatt i <i>Arbeidsrettslig artikkelsamling</i> , Henning Jakhelln (red.), Oslo 2001
Thorkildsen 1996	Tarjei Thorkildsen: <i>Notat til Arbeidsrettsrådet om enkelte spørsmål vedrørende organisasjonsmønsteret i norsk arbeidsliv, tariffavtalesystemet, tariffavtalers ufravikelighet og fredsplikt</i> , vedlegg til NOU 1996:14
Uggerud	Ken Uggerud: <i>Arbeidstvistlov og menneskerettigheter</i> , Oslo 1997
Vigerust	Elisabeth Vigerust: <i>Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn</i> , Oslo 2003
Woxholh	Geir Woxholt: <i>Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning</i> , 4. utg., Oslo 2001

Ødegård

Johan Ødegård: *Gjennombrudd; Skogsarbeidernes, jordbruksarbeidernes og gartneriarbeidernes organisasjon 1912 – 1952*, Oslo 1952

KS-personalhåndbok 2004

Aschehougs norgeshistorie	Oslo 1994
Gyldendals konversasjonsleksikon	Oslo 1933
Norsk konversasjonsleksikon Kringla heimsins	Oslo 1931

Lover:

Grunnloven av 17. mai 1814 (GRL)

Allmenngjøringsloven av 4. juni 1993 nr. 58

Arbeidervernloven av 19. juni 1936

Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 (aml.)

Arbeidstvistloven av 5. mai 1927 nr. 1 (arbtvl.)

Avtaleloven 5. mai 1918 nr. 4 (avtl.)

EØS-loven av 27. november 1992 nr. 104

Forvaltningsloven av 10. februar 1967 (fvl.)

Kommuneloven av 25. september 1992 nr. 107 (koml.)

Konkurranseloven av 5. mars 2004 nr. 12 (konkurl.)

Likestillingsloven av 9. juni 1978 nr. 45 (likestil.)

Lov om arbeiderbeskyttelse i industrien av 18. september 1915

Lønnsnemndsloven av 19. desember 1952 nr. 7

Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 (mr-loven)

Straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.)

Tjenestetvistloven av 18. juli 1958 nr. 2 (tjtvvl.)

Enkelt lovspeil:

Arbtvl.	Tjtvvl.
§ 1 nr 8	§ 11
§ 4	§ 23
§ 3 nr. 3	§ 13

§ 7 nr. 2	§ 24 første ledd
§ 6 nr. 3 annet ledd	§ 20 nr. 2 annet ledd
§ 29 første ledd	§ 14
§ 36 nr. 1 annet ledd	§ 17

EU-direktiv:

Rådsdirektiv 2000/78/EF

Konvensjoner:

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

ESP Den reviderte europeiske sosialpakt av 1996

SP FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

ØSK FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966

ILO-konvensjon nr. 111 av 25. juni 1958

ILO-konvensjon nr. 98 av 1. juli 1949

ILO-konvensjon nr. 87 av 9. juli 1948

ILO-konvensjon nr. 151 av 27. juni 1978

Rundskriv:

UDI 2004-017 OPA

Forarbeider og offentlige utredninger:

Innst. O. III (1926)

Innst. O. nr. 31 (1982-1983)

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)

Ot.prp. nr. 26 (1992-1993)

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983)

Ot.prp. nr. 41 (1975-76)

Ot.prp. nr. 3 (1975-76)

Ot.prp. nr. 54 (1925)

Ot.prp. nr. 55 (1924)

NOU 2004:5 Arbeidslivslovsutvalget

NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 2001:14 Vårens vakreste eventyr?

NOU 1996:14 Prinsipper for ny arbeidstvistlov

NOU 1995:18 Ny lovgivning om opplæring

NOU 2000:21 En strategi for sysselsetting og verdiskaping

NOU 1979:32

Tariffavtaler:

Hovedavtalen LO - NAVO 2003 – 2007

Hovedavtalen LO - NHO 2002-2005

Hovedtariffavtalen KS 2004-2006

Taxioverenskomsten Norges Taxiforbund - Norsk transportarbeiderforbund 2004-2006

Verkstedsoverenskomsten LO - NHO 2002-2004

Avgjørelser:

Høyesterett:

Rt-1930-437

Rt-1935-316

Rt-1935-467

Rt-1984-28

Rt-1985-78

Rt-1987-117

Rt-1988-276

Rt-1988-295

Rt-1990-500

Rt-1992-776

Rt-1994-833

Rt-1994-1505

Rt-1995-1460

Rt-1996-1696

Rt-1997-580

Rt-1998-1510

Rt-1999-408

Rt-2001-248

Rt-2001-1413

Arbeidsretten:

ARD-1922-22

ARD-1922-38

ARD-1922-50

ARD-1922-82

ARD-1930-75

ARD-1930-155

ARD-1932-178

ARD-1933-108

ARD-1936-127

ARD-1937-25

ARD-1939-28

ARD-1940-4

ARD-1945-48-55

ARD-1945-48-73

ARD-1945-48-129

ARD-1950-1

ARD-1950-113

ARD-1951-21

ARD-1952-110

ARD-1954-111

ARD-1958-171

ARD-1959-48

ARD-1960-154

ARD-1966-113

ARD-1973-112
ARD-1976-188
ARD-1977-29
ARD-1977-34
ARD-1978-98
ARD-1981-269
ARD-1982-150
ARD-1983-301
ARD-1984-70
ARD-1985-14
ARD-1985-120
ARD-1986-149
ARD-1988-14
ARD-1988-19
ARD-1988-61
ARD-1988-138
ARD-1988-151
ARD-1988-201
ARD-1988-211
ARD-1989-149
ARD-1990-15
ARD-1990-38
ARD-1990-148
ARD-1994-16
ARD-1991-122
ARD-2001-382
ARD-2001-406
ARD-2002-456

Saksmappe til ARD-1936-127. Mappen er arkivert hos Riskarkivet med følgende referanse: Arbeidsretten (katalog 1290 5/10, b. II s. 186), serie Da- Sakarkiv I, Saksdokumenter, eske 176, mappe 6 (saksnr. 9/36), hyllenr.: 2A 207 36.

Rettens gang:

RG-1994-1219

Norsk arbeidsrettslig domssamling:

NAD-1988-1028 (Trondheim byretts dom 27. september 1988, sak 243/1988)

NAD-1984-85-398 (Holt herredsretts dom 14. des. 1984, sak 22/1984)

EMD:

National Union of Belgian Police v. Belgia, A 19 (1975)

Swedish Engine Drivers Union v. Sverige, A 20 (1976)

Schmidt og Dahlström v. Sverige, A 21 (1976)

Sigurdur A. Sigurdjonsson v. Island, A 264 (1993)

Wilson m.fl. v. Storbritannia, 2. juli 2002

EF-domstolen:

C-127/92

EFTA-domstolen:

E 8/00 (KLP-saken)

Klagenemnda for likestilling

LKN-2003-6

Uttalelser fra Sivilombudsmannen

SOMB-1994-103

Websider:

<http://www.nrk.no/nyheter/okonomi/3831249.html>

<http://www.lo.no/lobasen/FileServer/2196->

<LOs%20REPRESENTANTSKAP%20VEDTOK%20TIRSDAG%2024.doc?documentID=2196>

http://www.lo.no/portal/page?_pageid=56,42457&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_d_i=121&p_d_c=&p_d_v=104537

http://www.prifo.no/dt_mainHa.asp?gid=265&amid=6443

<http://www.dagsavisen.no/innenriks/article1125550.ece>

<http://www.flf.no/bilder/2004oktober/kjennelsen.pdf>

18 Vedlegg

Dette vedlegget inngår ikke som en del av oppgaven, men er tatt med for å vise noe av den generelle bakgrunn for de problemstillinger som oppgaven reiser. Nettopp disse organisasjonsmessige og politiske forhold er årsaken til at jeg fattet interesse for oppgavens tema. Det understrekes at oppgaven likevel står på egne ben uavhengig av dette vedlegget.

Organisasjonsbildet i norsk arbeidsliv

Organiseringen av både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden er mangeartet og kompleks i Norge, og slik har det vært i relativt lang tid. De ulike foreninger og forbund konkurrerer til dels om medlemmene, der politisk og ideologisk ståsted i stor grad utgjør forskjellene.³⁶⁵ På arbeidsgiversiden er nok teigdelingen noe mer gjennomført enn på arbeidstakersiden, men også arbeidsgivere kan i mange tilfeller velge arbeidsgiverforening i et foreningsmarked.³⁶⁶

På arbeidstakersiden er det om lag 100 landsdekkende fagforeninger, men samlingen i hovedorganisasjoner har ført til at forhandlingsbildet er strengere organisert enn det antallet arbeidstakerorganisasjoner skulle tilsi. De fire hovedorganisasjonene representerer totalt om lag 90 % av de organiserte arbeidstakerne i landet. LO, som er desidert størst, representerer alene om lag 800.000 av landets rundt 1,5 millioner organiserte.³⁶⁷

³⁶⁵ Jfr Stokke/Evju,Frøland s. 28 flg. Et eksempel kan være offiserens organisasjonstilbud i Forsvaret der tre forbund konkurrerer om medlemmene: NOF (LO), BFO (YS) og KOL (Akademikerne)

³⁶⁶ Telenor, som tidligere var en statlig forvaltningsbedrift, og derfor del av det statlige tariffområdet, ble utskilt fra staten og tilknyttet Arbeidsgiverforeningen NAVO. I 2004 valgte man imidlertid å melde overgang til Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).

³⁶⁷ Se NOU 2004:5 s. 58.

Grunnen til at man har fått fremvekst av fire ulike hovedorganisasjoner er dels at hovedorganisasjonene er tildelt en hovedrolle i lønnsforhandlinger, og dels ideologiske og politiske forskjellene forbundene i mellom. Der LO tradisjonelt har hatt en tett ideologisk kontakt med Arbeiderpartiet, har det vokst frem ”organisasjonsopposisjon” av forbund som har ønsket en uavhengig politisk rolle. Delvis har også medlemmenes utdanningslengde vært utslagsgivende.³⁶⁸ Hovedorganisasjonenes rolle i tariffoppgjørene henger delvis sammen med lovreguleringen, og delvis av avtaler mellom partene. I LO-NHO-området avtaler partene om forhandlingene skal skje mellom hovedorganisasjonene (samordnet tariffrevisjon) eller mellom primærorganisasjonene (forbundsvis tariffrevisjon).³⁶⁹ I offentlig sektor er bildet annerledes. For det statlige tariffområdet vedkommende hjemler tjtvl. § 3 hovedorganisasjonenes rolle som forhandlingsmotparter. Forhandlingsadgangen for frittstående forbund er relativt sterkt begrenset, der disse i praksis bare forelegges de samme tilbud fra staten underveis i forhandlingene, og der hovedorganisasjonenes fremforhandlede resultat i ettertid forelegges for aksept eller brudd.³⁷⁰ I kommunal sektor er forhandlingsordningen regulert i egen avtale mellom partene, noe som i praksis innebærer at det også her er hovedorganisasjonene som gjennomfører tariffrevisjonene sammen med Kommunenes Sentralforbund (KS), og der frittstående forbund utelukkende tilbys en blåkopi.

Grunnlaget for lønnsforhandlinger

Grunnlaget for de ulike lønnsoppgjør fremkommer delvis av politiske vedtak og delvis av partssammensatte utvalg som beregner lønnsutviklingen. I tillegg er forhandlingsrekkefølgen i oppgjørene av betydning. Endelig har det vært tradisjon for ulike reforhandlingsklausuler i avtalene. Det er i denne sammenheng viktig å holde lønnsforholdene utenom øvrige, tariffavtalte vilkår.

³⁶⁸ De ulike medlemsforbund tilknyttet Akademikerne har krav om et minimum av høyere utdanning for medlemskap som stort sett ligger rundt fire, fem år. Dette har igjen konsekvenser for hvilke forbund som får medlemskap i hovedorganisasjonen.

³⁶⁹ Jfr. Stokke/Evju/Frøland s. 154

³⁷⁰ For tiden er det bare NITO og Norges Farmaceutiske Forening som har status som frittstående, forhandlingsberettiget tjenestemannsorganisasjon i staten, jfr. tjtvl. §3 tredje ledd.

Stortinget vedtar i forbindelse med statsbudsjettet et anslag for lønnsveksten, noe som definitivt er med på å legge føringer for lønnsoppgjørene. Videre opererer både Norges Bank og Statistisk sentralbyrå med anslag for lønnsveksten, noe som lett oppfattes som styringssignaler for partene. I tillegg har man partssammensatte beregningsutvalg som etterberegner kostnadene ved gjennomførte oppgjør, ikke minst beregningen av lønnsoverhenget og anslagene for lønnsglidningen viktig.³⁷¹ Videre vil rekkefølgen av oppgjørene ha betydning for partenes spillerom i lønnsoppgjørene. Det har lenge vært relativt bred enighet om den såkalte frontfagsmodellen i Norge. Dette gjør at det i stor grad er deler av konkurranseutsatt industri som legger rammene for den totale lønnsveksten i samfunnet.³⁷² Ideen er at den lønnsvekst konkurranseutsatt industri tåler, den tåler samfunnet som helhet, og dette innebærer at det er partene innen konkurranseutsatt industri, samt i noen grad lavtlønnsfagene (særlig innen hotell og restaurant) som først går til forhandlingsbordet i oppgjørene. Kritikken mot frontfagsmodellen har lenge vært til stede, men da først og fremst ved at man mener at frontfaget er for snevert definert.³⁷³ Det har i stor grad vært akseptert at visse deler av arbeidslivet må ha en definerende rolle for hvor høy lønnsvekst samfunnet som helhet kan tåle.

Endelig har man hatt en del tradisjon for at partene avtaler reforhandlingsklausuler i lønnsoppgjørene. Slike klausuler har til hensikt å sikre at man tillater å gjenåpne forhandlingene dersom andre grupper skulle få en høyere lønnsvekst i senere forhandlinger.

Avvikende tariffavtaler

Som konsekvens av de over beskrevne ”reguleringer” av tariffoppgjørene i Norge har det etter alt og dømme ikke vært vesentlig å anføre et ufravikelighetsprinsipp for å

³⁷¹ Overhenget er et uttrykk for merkostnaden ved forrige års oppgjør for årets totale lønnsutbetalinger, og trekkes inn som allerede disponerte midler i årets forhandlinger. Dette innebærer bl.a. at virkningstidspunktet for lønnstillegg får betydning. Glidningen er et uttrykk for de lønnstillegg som fremkommer utenom at partene i inntektsoppgjørene har avtalt dem, f.eks. ved ansiennitetsopprykk eller skifte av stilling.

³⁷² Se f.eks. NOU 1996:14 s. 42

³⁷³ Se f.eks. Stokke/Evju/Frøland s. 220 og NOU 2001:14 s. 18 og NOU 1996:14 s. 9 flg.

unngå avvikende tariffavtaler. Reguleringene har i seg selv sikret det formål et eventuelt ufravikelighetsprinsipp er tiltenkt. Samtidig er forhold som kan tyde på at partene i større grad begynner å akseptere avvikende avtaler. Et eksempel har man i NAVO-helse-området, hvor Norsk sykepleierforbund og Jordmorforbundet konkurrerer om de samme medlemmene og NAVO har inngått avvikende avtaler med de to foreningene.³⁷⁴ I samme retning kan man tolke de forskjellige forhandlingsbestemmelsene som er avtalt for ulike grupper innen KS-området jfr. hovedtariffavtalen 2004-2006 kapittel 4 og 5, selv om det her fremdeles er snakk om en felles tariffavtale.

En tolkning av denne utviklingen er at partene i arbeidslivet ser ut til å akseptere at ufravikelighetsprinsippet utfordres, og at eventuelle ufravikelighetsvirkninger svekkes. Dette kan vurderes som et uttrykk for at man ser de øvrige reguleringer som tilstrekkelige, samtidig som partene muligens ser det hensiktsmessig med ulike bestemmelser for ulike grupper, også innen samme virksomhet eller type av virksomhet.

³⁷⁴ Dette overenskomstområdet dekker den statlig eide spesialisthelsetjenesten i Norge, dvs de ulike helseforetakene.